

UNICEUB - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
CURSO DE DIREITO

GRAZIELLY BARBOSA GOMES DE MESQUITA

**Usucapião familiar-
A inconstitucionalidade e
A incoerência do artigo 1240-a do código civil brasileiro.**

BRASÍLIA-DF
2015

GRAZIELLY BARBOSA GOMES DE MESQUITA

**Usucapião familiar-
A inconstitucionalidade e
a incoerência do artigo 1240-a do código civil brasileiro.**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB,
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em direito.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira

BRASÍLIA-DF

2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 AQUISIÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	7
1.1 PROPRIEDADE	7
1.1.1 POSSE.....	10
1.1.2 FORMAS DE AQUISIÇÃO E PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL	12
1.1.3 A USUCAPIÃO	13
1.1.4 A AQUISIÇÃO PELO REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO	14
1.1.5 DA AQUISIÇÃO POR ACESSÃO.....	17
1.1.6 FORMAS DE PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL.....	22
1.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	24
2 USUCAPIÃO FAMILIAR e as demais modalidades da usucapião	30
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DA USUCAPIÃO, UM INSTITUTO MULTISSECLAR...39	
2.1.1 MODALIDADES DE USUCAPIÃO.....	40
3 O POSICIONAMENTO JUDICATIVO SOBRE O POSICIONAMENTO DO ABANDONO NA USUCAPIÃO FAMILIAR	45
3.1 EMENDA CONSTITUCIONAL nº 66 DE 2010, a extinção do julgamento da culpa pela dissolução do compromisso amoroso. Será?	49
3.2 A ANÁLISE DO CONCEITO DE ABANDONO, E ATÉ QUANDO A PARTE QUE PERMANECEU NO IMÓVEL É VÍTIMA E PREJUDICADA	51
3.2.1 O FOCO NOS EFEITOS CAUSADOS AO DIREITO MATERIAL.....	51
3.2.2 O FOCO NOS EFEITOS CAUSADOS NO DIREITO PROCESSUAL	57
4 CONCLUSÃO	60
5 Bibliografia	64

RESUMO

Trata-se de um instituto denominado por usucapião familiar, ou usucapião pró-moradia, ou usucapião por meação e ainda usucapião conjugal, como alguns preferem chamar, tendo em vista, que o ponto ensejador do instituto, é o bem imóvel adquirido pelos dois na constância do casamento ou na união estável e que posteriormente é abandonado por uma das partes, por dois anos ou mais, dando ao outro a possibilidade de usucapir essa parte supostamente abandonada, cabe ressaltar, que não é qualquer imóvel que preenche os requisitos para a usucapião familiar. É necessário que a metragem não exceda 250 metros quadrados, que seja o único imóvel do pretense usucapiente e que a parte beneficiada não tenha exercido esse direito anteriormente.

Palavras chaves: usucapião familiar, usucapião conjugal, somente urbana, direito à moradia, direito à propriedade, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, justiça social, abandono do lar, prazo exíguo, posse direta, posse indireta, inconstitucionalidade, incoerência sistêmica civilista, patrimônio comum, partilha.

INTRODUÇÃO

A análise tem enfoque nos direitos reais, especificamente, sob o prisma patrimonialista reflexo no âmbito familiar, é voltada para a aquisição da propriedade imóvel à luz dos princípios constitucionais pertinentes. Buscar-se-á analisar os requisitos, os efeitos e a constitucionalidade da nova modalidade de usucapião, compará-la com as modalidades já existentes, indicando-as, e por fim, expor as críticas oriundas.

A pesquisa acerca do tema proposto, divide-se em três capítulos. O capítulo 1 será direcionado para apresentar as formas de aquisição da propriedade imóvel, bem como, as formas de perda. Ainda cumpre a tarefa de detalhar o conceito da função social da propriedade.

O capítulo 2 ressalta o que vem a ser a usucapião familiar e, por conseguinte trata das demais modalidades de usucapião, a fim de que seja possível comparar a nova modalidade tendo por base os requisitos das outras já consolidadas.

O capítulo 3 enfrenta a função de expor as fragilidades da nova modalidade de usucapião. Trata de como é encarada a ideia do abandono do lar na nova modalidade e como o sistema jurídico se posiciona quanto a isso, trata da emenda constitucional 66/2010 que dispensa a separação judicial e possibilita o divórcio direto. Ainda, de forma altamente reflexiva, expõe critérios para analisar se aquele consorte que permaneceu no imóvel é mesmo vítima e prejudicado, com foco nos efeitos causados no direito material e processual.

Tem por base a emenda constitucional 66/2010 responsável pelo divórcio direto, consagrando-o por meio da dispensa da avaliação da culpa na dissolução do casal, conseqüentemente, culminou a desnecessidade da separação judicial. A análise seguirá pautada na intenção do legislador em produzir o novo artigo, observar-se-á as lacunas que incorporam a nova espécie de usucapião e apresentar-se-á os sintomas jurídicos, materiais, processuais e os práticos percebidos no cotidiano, causados pelo novo instituto. O tema será abordado com os elementos constituintes contrários e favoráveis propiciando indagações mútuas,

objetivando reflexão a respeito da eficácia e constitucionalidade da usucapião familiar.

O artigo 1.240-A, recentemente incluído no código civil é o objeto de estudo demandado, trazido através da lei 12.424/11 que regulamenta o programa governamental Minha Casa Minha Vida, mas que não aponta na exposição de motivos o fundamento da alteração do artigo 1240 do código civil pelo acréscimo do artigo 1240-a no âmago das relações patrimoniais familiares, essa ausência é decorrente da medida provisória que instituiu a referida lei e também não expôs motivação pertinente. De pronto, já se percebe um status de modalidade “quase ilegal”, esse termo produz sensação obtusa, mas é carimbado no direito, exemplificado facilmente pelas nulidades relativas que são quase ilegais, mas sanáveis e convalidadas com o tempo ou com a vontade, por força de mais um exemplo, surge essa nova modalidade de prescrição aquisitiva. O quase ilegal também toma assento na modalidade legislativa, pois incontroversamente, medida provisória consiste em promover assistência jurídica a situações relevantes e urgentes, dessa forma, inábil para interferir nessa matéria, que é relevante sim, e deveria ser urgente, mas não é, pois se trata de realidade cotidiana brasileira, que jamais será resolvida por meio de uma medida provisória, precisa bem mais que isso, precisa ser respeitada, encarada pelo Estado como direito social indispensável, a fim de que todos tivessem acesso à moradia digna.

1 AQUISIÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

1.1 PROPRIEDADE

O direito grego, grande propulsor do direito romano, por conseguinte, também do direito brasileiro, deu ensejo a muitos institutos normatizados no ordenamento jurídico pátrio, tamanha é a influência, presente não apenas na esfera jurídica, como também, nas esferas: filosófica, artística, política e científica. (Nóbrega, 1971)

A propriedade é fruto dessa herança Greco-romana, inicialmente as terras ocupavam posição de titularidade coletiva, não havia classes sociais, tampouco, o senso de propriedade privada. O mais velho dos membros do clã, chamado de Páter, difundia entre seus parentes a noção de propriedade comum, todavia, o aumento do povo ocasionou a carência de terras, diante disso, o Páter se viu conduzido a fragmentar o terreno que até então era coletivo, atribuir às partes o senso de propriedade privada, por efeito, começou a designar titulares que respondessem por elas, nomeava como líderes políticos os seus parentes mais próximos, a fim de organizar a produção agrícola e o sustento comunitário. Ocasão em que surgiu a divisão de classes, aqueles líderes políticos que eram também os proprietários das terras representavam a aristocracia, dominavam a política e a guerra, e os que estavam fora desse patamar, em posição periférica, eram os despossuídos, eles pagavam impostos e prestavam trabalho aos aristocratas, se dedicavam ao comércio, ao artesanato e a agricultura ou emigravam na busca de sua manutenção. (Nóbrega, 1971) (BESSONE, 1996)

A Grécia antiga expandiu sua formação jurídico-política para outros povos, inicialmente por meio dos Helenistas, civilização desenvolvida fora da Grécia, mas sob sua égide, que teve por influenciar os romanos antigos, e juntos, levaram os principais fundamentos gregos ao seio da igreja católica e a grande parte dos países ocidentais. O período Helenístico findou-se quando os romanos conquistaram o Egito. Desde então, o principal objetivo material das famílias é a aquisição da propriedade, principalmente se imóvel. (BESSONE, 1996) (Nóbrega, 1971)

O capitalismo, sistema socioeconômico predominantemente reconhecido, mas que poucos entendem seu real significado, se ocupa em individualizar e identificar proprietários, de modo que os meios produtivos, como fábricas, máquinas,

terras, etc. e o capital, possuem um dono, pessoa específica, titulada proprietário. O feudalismo: modelo em que se extraía a riqueza por meio da exploração dos servos nos terrenos produtivos, não acompanhou os avanços sociais e, portanto, foi extinto e substituído pelo capitalismo. O consumismo e mesmo o contrato social que encaminha o modelo de vida das pessoas, explica essa supremacia capitalista, tendo em vista, salutarmente a meta das pessoas em estabelecerem-se proprietários. (MONTEIRO, 2003)

Recorrentemente, as pessoas se unem e somam forças em um casamento ou união estável com o objetivo comum de conquistarem esse sonho, que se sobrepondo a essa ideia de sonho, representa o alcance do direito fundamental da propriedade e assegura o caráter social da moradia, materializando preceito constitucional. Ter a casa própria significa atingir estabilidade, alcançar solidez e consistência no relacionamento, diante dos padrões exigidos pela sociedade e também por exigências íntimas da maioria das pessoas. (MELLO, 2011)

Regular a área do crescimento patrimonial, é tarefa que incumbe, especificamente, ao direito das coisas ou direitos reais, encontrados em rol taxativo do código civil brasileiro, no artigo 1.225 do CC. Trata-se de um ramo do direito privado, que versa sobre a aquisição e transmissão de bens móveis e imóveis. Os direitos reais são regidos por alguns princípios e, assim como em vários outros ramos do direito, norteiam o instituto com base no que a lei impõe para o seu bom funcionamento. (GONÇALVES C. R., Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 5ª ed. , 2010)

A propriedade é o primeiro direito real elencado no rol competente, apresenta características mais amplas e assecuratórias, tornando-se hierarquicamente superior frente aos demais direitos reais. Está especificamente disciplinada no artigo 1.228 do código civil, o artigo não define um conceito literal, no entanto, elenca os direitos que o proprietário possui, diante disso, é cabível presumir algo que se assemelhe a uma espécie de conceito. As características elencadas são o poder de usar, gozar, dispor da coisa e ainda reavê-la de quem a possua ou detenha injustamente. (PEREIRA, 2012)

Com inegáveis influências romanas, essas características são parte da herança recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio das expressões *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* e *rei vindicatio*. Elas respectivamente importam ao

sentido de que o proprietário se beneficia do uso da coisa, móvel ou imóvel, da maneira que melhor lhe assistir. Considerando os direitos da coletividade e não praticando ou se abstendo de praticar algo essencialmente necessário para o convívio social, assim caracteriza-se o uso. Seguido do direito de usufruir, ou de gozo, onde a ideia central se caracteriza pela possibilidade da obtenção de proveitos econômicos derivados do bem, além da percepção de frutos naturais ou civis, que se trata de bens ou utilidades derivados da coisa principal, mas que não lhe diminui quantitativamente. O direito de dispor é o mais pleno de todos os presentes na propriedade, tendo em vista, que esse, não se transfere a qualquer possuidor, só o proprietário pode exercer a disposição do bem, pois, consiste no poder de modificar a titularidade, gravá-lo com ônus reais ou de aliená-lo. A importância desse último direito, o de dispor, demonstra-se superior em comparação aos demais, no sentido de que, o proprietário ao designar um terceiro como possuidor, entrega a ele o uso e o gozo, mas o poder de transferir continua atrelado unicamente ao proprietário, essa é a característica que mais revela poderio, uma vez que apenas o proprietário pode dispor do bem. (Nóbrega, 1971) (PEREIRA, 2012)

Por fim, o último elemento constitutivo se trata da reivindicação do bem, atributo que justifica o caráter de exclusividade que beneficia o proprietário, pois conferido direito a ele sobre determinada coisa, exclui o direito do terceiro sobre essa mesma coisa (*duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest*). Desse modo, atende ao objetivo de retirar das mãos de um detentor ou possuidor que está desenvolvendo uso e gozo de maneira injusta, um bem, cujo proprietário possui interesse em reavê-lo. (NETO, 2003)

Quando se fala em maneira injusta, cabe lembrar a noção de posse injusta, implica diretamente em detenção, são três possibilidades: a posse violenta, onde o possuidor se intitula por meio da força, a posse clandestina, onde o proprietário não percebe o desapossamento imediato por ser eivada de silenciosidade e a posse precária que surge diante do ato de confiança do proprietário, que designa um terceiro como possuidor legítimo e direto, consolidando assim de fato a posse direta, e quando cessa essa permissão do proprietário, esse terceiro não se retira da posse do bem, migrando a classificação da posse justa para a então posse injusta, essas três possibilidades constituem a ideia de detenção. (GONÇALVES L. D., 1952) (NETO, 2003)

1.1.1 POSSE

A posse foi elemento de estudo de dois importantes juristas alemães SAVIGNY e IHERING, eles construíram um argumento que sedimenta até hoje os estudos sobre a matéria. O primeiro defende a chamada Teoria Subjetiva elaborada em 1803, por meio de um tratado afirmou a posse como o acúmulo de dois elementos essenciais o “corpus” e o “animus”. O corpus expressa a materialização do uso, a ocupação do bem em favor do sujeito. O animus, por sua vez, tem caráter subjetivo, pelo fato de que consiste no desejo em que o sujeito tem de se tornar dono do bem possuído, é a vontade de assenhoreamento definitivo. Pela teoria de Savigny a posse depende de usar a coisa e querer ser dono dela, só assim há posse, dessa forma, o locatário, o usufrutuário, o comodatário não são possuidores para ele, pois não possuem ânimo de proprietário, seriam apenas detentores. Savigny supervalorizou o animus e, portanto, sua teoria perdeu espaço, pois o ordenamento jurídico brasileiro determina que exista posse nos casos supracitados e que esses possuidores podem valer-se de direitos protecionistas também, previstos no artigo 1210 do Código Civil no § 1º que assegura a legítima defesa, quando a posse é ameaçada e desforço imediato, quando a posse é perdida. (Ihering, 2005) (GONÇALVES L. D., 1952)

Ihering apostou na teoria objetiva e criticou a teoria subjetiva defendida por Savigny, ele enfatizou a propriedade. Afirmando que o proprietário, exercendo seus direitos pode transferir à posse a terceiro, surge então o que se classifica como posse direta, e o proprietário permaneceria com a posse indireta e se o proprietário tem a posse, não há necessidade de distinção entre elas. Dessa forma segue o código civil, no que tange a possibilidade de exercer a proteção possessória através do conceito de posse construído por Ihering. A teoria de Ihering surge como um aperfeiçoamento da teoria anterior, que era a Subjetiva, ele priorizou o corpus, e não o animus como seu antecessor, nesse sentido o conceito de posse de Ihering afirma que se trata da relação de fato entre pessoa e coisa para fim de sua utilização econômica, seja para si, seja cedendo-a para outrem, assim adotado na prática. (Ihering, 2005)

Cabe ainda trazer à tona a ideia de COMPOSSE que é a posse exercida por duas ou mais pessoas, um bom exemplo seria o condomínio, onde cada condômino

é proprietário com exclusividade da sua parte ideal e ao exercer os direitos relativos a uso e gozo exercem consequentemente a posse direta, basta que cada compossuidor respeite os atos possessórios dos demais, está determinada pelo artigo 1199 do código civil. A compossse pode ser tanto na posse direta como na indireta, o exemplo ideal para enxergar o efeito dessa situação é pensar em dois casais, um na posse direta, residem no imóvel e são proprietários, mas decidem locar o imóvel para um outro casal, assim há compossse indireta aos proprietários e compossse direta ao casal de inquilinos. (NETO, 2003)

Objetivando encerrar o assunto sobre posse, que é perceptivelmente enlaçado a propriedade, cabe elencar os critérios fundamentais de forma resumida, começando pela teoria escolhida pelo ordenamento jurídico, digo a teoria objetiva da posse de Ihering, onde possuidor é todo aquele que usa o bem, seja ou não proprietário desse bem. Necessário ressaltar os casos de detenção já vistos, sendo eles a posse violenta, clandestina ou precária, para não empregar de forma errônea o sentido de posse. Também, observar que ao proprietário é assegurado, ainda que não esteja na posse direta do bem o direito de protegê-lo contra agressões de terceiros, de igual direito se aproveita o possuidor direto, ainda que não seja proprietário. (Ihering, 2005) (NETO, 2003)

Cada ordenamento jurídico se organiza de uma forma para regular os critérios da propriedade, por isso há um dinamismo no que poderia ser o conceito desse instituto, pois, como sabiamente disse CAIO MARIO é algo mais fácil de sentir do que de definir, essa noção de assenhoramento é essencialmente forte e todos devem respeitar, ela supera a ideia de domínio, é mais abrangente. (PEREIRA, 2012)

As principais características da propriedade evidenciam a importância desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do artigo 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade, e o coloca com outros direitos indiscutivelmente fundamentais, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 2014)

Essas características subdividem a propriedade como: absoluta, no sentido de que o proprietário é livre para designar diante dos seus próprios interesses a utilização da propriedade. Ideia essa, atualmente, já bastante relativizada diante das

tantas limitações impostas pela função social, mas resistente no sentido de eficácia *erga omnes*; exclusiva, diante da característica em manter somente o proprietário como mandante e titular do bem, impedindo a simultaneidade entre pessoas distintas, desassociadas ou sem interesse comum; e perpétua, essa última característica justifica a sucessão, transmissão *post mortem*, vez que não havendo interesse por parte do herdeiro em desvincular-se do bem lhe é garantido à titularidade, ressalvadas apenas, as possíveis formas da perda da propriedade elencadas na lei, como a usucapião, a desapropriação, o perecimento, entre outras. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

Válido ressaltar que esse absolutismo está intrinsecamente relacionado à libertação de encargos injustificáveis que constrangiam a figura da propriedade desde o feudalismo, dessa forma, constitui uma liberdade que seguramente se mitiga quando o interesse comum se sobressai em detrimento do interesse do proprietário. A propriedade é o instituto mais importante do direito das coisas, aquele que norteia os direitos reais, é sinônimo de liberdade, não de forma ilimitada, visto o caráter condicional atribuído a situações específicas como nos casos em que não deve o proprietário impedir ou atrapalhar o livre trânsito de aviões e nem a possível passagem de trens de metrô, de canos relativos aos esgotos e água, entre outras limitações, enfim, é condicionada a fins sociais, contudo, muito ampla. (BESSONE, 1996) (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

CUNHA GONÇALVES propôs que “o direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa determinada em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar”. (GONÇALVES L. D., 1952, p. 108)

1.1.2 FORMAS DE AQUISIÇÃO E PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Acompanhando a tradição romana e o direito medieval, no código civil o legislador faz alusão à aquisição de bens móveis efetivada mediante a tradição, imbuído de extrema relevância patrimonialista, deu ênfase hierarquicamente superior à aquisição dos bens imóveis. Impõe no artigo 1.227 que a aquisição dos

direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só será efetivada com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

As formas de aquisição da propriedade imóvel, que antes eram: transcrição do título de transferência no registro do imóvel, acessão, usucapião, e por fim, direito hereditário, no código civil brasileiro estão especificadas em um único capítulo “Da aquisição da propriedade imóvel” as três primeiras formas, entre os artigos 1238 e 1259, enquanto a última, mesmo reconhecendo o caráter aquisitivo do direito hereditário, o legislador preferiu discipliná-lo adiante no artigo 1784. A justificativa lógica para o disciplinamento em apartado do direito hereditário em relação aos outros modos de aquisição da propriedade se dá em razão do caráter de transmissão entre vivos e no último caso, entre o *de cujus* e seus herdeiros. (GONÇALVES L. D., 1952)

1.1.3 A USUCAPIÃO

Seguindo a ordem do código civil, é prudente iniciar as formas de aquisição da propriedade imóvel, pela usucapião, trata-se, da também denominada prescrição aquisitiva, tendo em vista, a posse prolongada no decurso do tempo, cumulada com os requisitos essenciais que podem caracterizar a propriedade. A usucapião é o gênero do qual o objeto desse estudo, a usucapião familiar, é a espécie. Dessa forma, é de suma importância ressaltar quanto à inovação do legislador em incorporar essa modalidade e especificar as características das outras quatro existentes, detalhamento esse, que faz jus a um capítulo exclusivo, **adiante** efetivado. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Introdutoriamente, cabe dizer que o legislador elencou cinco modalidades de usucapião, elas são distinguidas pelo lapso temporal mínimo e algumas outras peculiaridades, que consistem desde o tamanho do imóvel até a função social atribuída a ele. As espécies são: Usucapião extraordinária, Usucapião Ordinária, Usucapião Especial: Rural, Urbana individual e coletiva do Estatuto da Cidade e Usucapião familiar. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Conclui-se, pela usucapião, uma das maneiras de aquisição da propriedade imóvel que visa atender ao princípio da função social da propriedade beneficiando aquele que atribui a essência desse princípio ao bem, em face daquele que não fez. Analisar os critérios que diferenciam as modalidades para adequar ao caso concreto e verificar a possibilidade de obtenção da sentença judicial favorável, com consequente título judicial registrado é o objetivo. (RIBEIRO, 2003)

1.1.4 A AQUISIÇÃO PELO REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO

Seguindo na ordem do código civil, a próxima forma de aquisição da propriedade é a aquisição pelo registro do título translativo, que consiste na maneira fundamental para a aquisição de bem imóvel. É essencial o registro do título no cartório competente, essa ação publiciza o avençamento do contrato realizado entre o alienante e o adquirente do imóvel. No ordenamento jurídico brasileiro, o contrato ainda que perfeito e acabado, reúne apenas os direitos e obrigações das partes, não indica a mudança oficial da titularidade do bem, esse feito é garantido pelo registro. (GONÇALVES C. R., 2013) (Ferreira, 2003)

Ao fazer uma análise comparada do direito francês e do direito italiano observa-se que houve essa mudança, no que diz respeito ao caráter translativo do contrato, tendo em vista, que no passado o acordo de vontades era o suficiente para a transmissão dos bens imóveis. Assim, ocorria no código francês, segundo indicação do artigo 712, bem como, no código italiano segundo indicação do artigo 922, onde a transferência do domínio, pautados na autonomia da vontade era o instrumento hábil para caracterizar a transferência oficial da propriedade, consequentemente uma via menos formal de aquisição, contudo, era eficaz. (GONÇALVES L. D., 1952)

O código civil de 1916 munido de extremo protecionismo a propriedade, trouxe a exigência do registro no cartório competente, para que esse acordo de vontades exalasse efeitos seguros, assim, também manteve o legislador no novo código civil, continuou a exigir o registro, logicamente, pelo mesmo argumento de segurança patrimonialista. Ademais, condicionou inequivocamente a aquisição dos bens imóveis ao registro, de forma que enquanto não haja, a titularidade pertence ao alienante. (RIBEIRO, 2003)

Ainda no âmbito do direito comparado, por base o direito germânico, é válido assentar o caráter de presunção absoluta da propriedade àquele que fosse encontrado no registro do imóvel. O registro brasileiro difere do alemão no quesito de presunção absoluta, visto que no Brasil essa presunção é relativa, ao ponto que a matrícula mesmo efetuada pertence à esfera do relativismo, consagrado pela expressão *juris tantum* de domínio, o que não retira a solenidade do direito real garantida ao adquirente, apenas, admite prova em contrário, se existente. (RIBEIRO, 2003)

O registro é a forma de dar publicidade à propriedade, ele tem o poder de indicar o titular desse direito e consequentemente das obrigações inerentes, assim, a coletividade e o Estado tomam conhecimento de quem é esse proprietário, principal característica do capitalismo. Em prol disso foi criada a lei de registros públicos, LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973, específica para regular essa formalidade. Os princípios que sedimentam o poder do registro no ordenamento jurídico são importantíssimos e merecem destaque, são eles: o princípio da publicidade, da força probante ou presunção, da legalidade, da territorialidade, da continuidade, da prioridade, da especialidade e princípio da instância. Cada um deles possuem características e finalidades próprias, portanto distintas. (GONÇALVES L. D., 1952)

O princípio da publicidade consiste em garantir que qualquer pessoa possa retirar em cartório competente a certidão do registro que lhe causar interesse sem necessidade em justificar. O princípio da força probante ou presunção consiste na já referenciada presunção relativa ou *juris tantum*, que garante ser o titular daquele direito real a pessoa constante no registro, todavia, cabe provas que atestem a falta de veracidade contida nessa informação, caso atestada, deve ser promovida por meio de ação própria a decretação da invalidade do registro cumulada com o pedido de cancelamento, e enquanto isso não ocorrer o falso titular é tido como verdadeiro. O princípio da legalidade consiste na análise do título em seus aspectos intrínsecos e extrínsecos pelo oficial do cartório para que seja constatada veracidade e a natureza dos títulos que serão registrados. O princípio da territorialidade consiste na exigência da efetivação do registro na circunscrição imobiliária em que se encontra o bem. Cabe dizer que a escritura pública pode ser lavrada em qualquer cartório de notas. O princípio da continuidade consiste na exigência entre alienante e proprietário se tratar da mesma pessoa, esse é um critério importante que exige zelo

do oficial do cartório. O princípio da prioridade consiste em proteger aquele que primeiro registrou o título, tendo isso em vista, a lei de registros públicos assegura que inclusive a hora será indicada. O princípio da especialidade consiste em indicar claramente o posicionamento geográfico do imóvel, com minuciosa individualização, metragem e confrontações. O princípio da instância consiste em proibir que o oficial faça registros por vontade própria, sem que haja a solicitação do interessado, mesmo que verbal. (GONÇALVES C. R., 2013)

A lei de registros públicos visa individualizar cada imóvel, definem diretrizes que concretizam esse objetivo, uma delas se trata da matrícula do imóvel, precedente do registro, consiste em controle rigoroso e exato das características do bem. A matrícula é regida por numeração uníssona, de modo que nenhum imóvel poderá ser matriculado mais de uma vez, caso haja desmembramento haverá um novo imóvel e, conseqüentemente, uma nova matrícula com novo e único número. Caso haja a fusão de matrículas de bens do mesmo proprietário, os números primitivos serão extintos e os bens serão associados sob um novo número de matrícula. Depois de efetivada a matrícula, será realizada o registro, ato esse, que efetivamente transfere a titularidade do bem imóvel. (GONÇALVES C. R., 2013)

As anotações realizadas por exigência do registro são denominadas averbações, têm por objetivo, indicar as alterações no imóvel e as que forem relacionadas ao proprietário, essas mudanças serão acrescentadas ao histórico do imóvel, a título de exemplo é válido citar: alienação, doação, permuta, transferência por sucessão hereditária do imóvel, em relação ao titular proprietário: casamento ou divórcio, entre outras mudanças serão averbadas. (DIAS, 2012)

A organização desses registros se dá por livros específicos e obrigatórios, indicados pela lei de registros públicos, são cinco: Livro nº 1—protocolo; Livro nº 2 – registro geral; Livro nº 3—registro auxiliar; Livro nº 4—indicador real; Livro nº 5 – indicador pessoal. A lei assegura como opção substituir por fichas os livros 2, 3, 4 e 5. (GONÇALVES C. R., 2013)

Assim como é relativa a presunção da veracidade quanto ao proprietário indicado no registro, há também uma flexibilização no que tange as outras informações indicadas, seja por metragem, por confrontações ou por qualquer característica que não exprima verdade, dessa forma, a maneira para adequar a situação verdadeira do bem à indicada pelo registro se faz através da retificação. Na hipótese do registro ou averbação serem omissos, imprecisos ou inverídicos,

cabe ao interessado requerer a retificação ao juiz corregedor do registro imobiliário ou ao próprio oficial do registro de imóveis competente, e ainda faculta ao oficial do registro que proceda de ofício, para garantir que os dados inseridos no registro sejam fidedignos. (GONÇALVES C. R., 2013)

“Carecem de registro também as sentenças proferidas em ações divisórias, inventários, partilhas, as sentenças que adjudicarem bens de raiz em pagamentos de dívidas de herança, as sentenças de separação, nulidade e anulação de casamento quando houver imóveis na partilha e sentença proferida em ação de usucapião bem como qualquer sentença, transitada em julgado, que transmita, total ou parcialmente a propriedade de um bem imóvel”. (Ferreira, Alexandre. Formas de aquisição da propriedade imóvel. São Paulo, 2003. <[Http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1361/Formas-de-aquisicao-da-propriedade-imovel](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1361/Formas-de-aquisicao-da-propriedade-imovel)>. Acesso em: 19 de outubro de 2014).

Ante o exposto, as principais características relacionadas a aquisição da propriedade pelo registro do título translativo foram apresentadas visando o desencadeamento lógico pertinente à compreensão desse assunto.

1.1.5 DA AQUISIÇÃO POR ACESSÃO

A acessão é a forma originária de aquisição da propriedade que consiste no aumento do volume ou do valor da coisa principal. Surge do pressuposto, que tudo aquilo que se incorporar ao bem principal, de maneira originária, o constituirá de fato e de direito, na qualidade de bem acessório. As acessões são divididas em duas espécies: naturais, oriundas de fenômenos da natureza e industriais, oriundas da manipulação da pessoa humana. Para construir a ideia de acessão, é necessário pensar no bem principal incorporado por bens acessórios, situação em que ambos pertencerão ao proprietário do bem principal. Esse entendimento é consolidado pelo princípio *accessorium sequitur suum principale*, onde a coisa acessória segue a principal. (Ferreira, 2003) (GONÇALVES L. D., 1952)

Com o objetivo de conferir equilíbrio entre aquele que perdeu parte do patrimônio e aquele que ganhou essa parte do patrimônio, o legislador instituiu a possibilidade de indenização ao proprietário que sofreu o decréscimo desde que manifestado o interesse, como forma de vedação ao enriquecimento sem causa. As acessões naturais decorrem de fenômenos da natureza, conhecidas como formação de ilhas, aluvião, avulsão e abandono de álveo, já na espécie industrial, decorre da

manipulação humana, conhecidas como plantações ou construções. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008) (BESSONE, 1996)

A acessão por formação de ilhas está disciplinada pelo código civil por meio do artigo 1.249, trata de ilhas que surgem em rios particulares, como a doutrina assevera, em rios não navegáveis. Acaso, apareçam em rios navegáveis, poderão ser acrescentadas ao domínio público mediante indenização previamente ajustada, essa desapropriação é condicionada exclusivamente pela condição navegável do rio em que a ilha se formou, fugindo da regra do interesse social, utilidade ou interesse público efetivamente. (GONÇALVES C. R., Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 5ª ed. , 2010)

“Art. 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes:

I -as que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais;

II - as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado;

III - as que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram. ” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

A acessão por aluvião trata-se de acréscimo vagaroso e imperceptível que o rio anexa às terras, de forma que não há possibilidade de contabilizar qual dimensão fora acrescida. Disciplinada pelo artigo 1.250 do código civil, esses acréscimos pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem que haja indenização. (VENOSA, 2008)

“Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização.

Parágrafo único. O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem. ” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

A acessão por avulsão ocorre por meio da força súbita da corrente aquática, que desvincula de um prédio, considerável parte e, aloja a outro. O proprietário desse outro prédio irá adquirir a propriedade do acréscimo, condicionada a pagamento de indenização, mas caso não haja requerimento em prazo decadencial de um ano, adquirir-se-á sem pagá-la. Ocorre também por qualquer força natural e violenta, capaz de retirar essa porção de terra. Palavras sugeridas pela leitura do artigo 1.251 do código civil. (VENOSA, 2008)

“Art. 1.251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado.

Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida. ” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014).

A acessão por álveo abandonado tem como objeto o leito do rio que se move em função da corrente aquática, perfazendo nova porção aos proprietários ribeirinhos das duas margens, não há previsão de indenização aos donos dos terrenos efetivamente diminuídos, todavia, ela é prevista em caso de mudança artificial do curso das águas. O artigo 1.252 do código civil disciplina essa modalidade de aquisição da propriedade imóvel. (VENOSA, 2008)

Art. 1.252. O álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Acessões industriais são as construções e plantações, se diferenciam das demais acessões devido a intervenção humana, acompanha a ideia de que toda construção ou plantação é sedimentada em um solo, cujo, é de propriedade de alguém, esse alguém passará a ser também proprietário desse constructo. Essa presunção segue o relativismo, pois admite prova em contrário, se não houver, prevalece esse entendimento. (GONÇALVES C. R., 2013)

As possibilidades de não ser o proprietário do solo, o mesmo da acessão, estão previstas pelo código civil, em três distintas situações, a primeira consiste em plantação ou edificação realizadas pelo dono do solo com materiais ou sementes de terceiros, a segunda consiste em plantação ou edificação realizadas por terceiro em solo alheio e a terceira consiste em edificação ou plantação com sementes e materiais alheios em solo alheio. (GONÇALVES C. R., 2013)

Anota-se que o acessório segue o principal, dessa forma aquilo que adere ao solo se incorpora a ele, situação que em muito beneficia o proprietário do terreno. Acerca da indenização cabe dizer que haverá uma análise quanto à boa-fé ou a má-fé empregada, em caso desta última, é prevista a responsabilização por perdas e danos, o assunto foi detalhado pelo legislador, como se observa entre os artigos 1.253 a 1.259. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008) (GONÇALVES C. R., 2013)

“Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o Contrário.

Art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

A propriedade daquilo que foi erguido sobre o solo, em regra será do dono do solo, consequência do princípio que determina o acessório como acompanhante do principal, todavia, aquele que edifica em terreno alheio, vítima a exemplo de uma venda a *nom domino*, com boa-fé, possuindo justo título, gozando da presunção iuris tantum por ignorar os vícios, segundo o artigo 1255, parágrafo único, do código civil brasileiro, terá invertida essa regra, de que o acessório segue o principal, e se beneficiará enquanto construtor de boa-fé, que edificou em solo alheio imóvel que supera em grande vulto o valor desse solo, invertendo as partes na indenização, o

dono do solo será indenizado pelo dono da acessão, provocando-se então, acessão invertida. (VENOSA, 2008)

“Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Art. 1.256. Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões.

Parágrafo único. Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua.

Art. 1.257. O disposto no artigo antecedente aplica-se ao caso de não pertencerem as sementes, plantas ou materiais a quem de boa-fé os empregou em solo alheio.

Parágrafo único. O proprietário das sementes, plantas ou materiais poderá cobrar do proprietário do solo a indenização devida, quando não puder havê-la do plantador ou construtor.

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro”. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Diante da possível superioridade econômica da acessão em comparação ao valor do terreno, caso confirmado, o magistrado poderá aplicar a supracitada acessão inversa, onde o proprietário do terreno irá receber um valor proporcional ao valor do terreno e o construtor será nomeado titular do bem principal, assim como da acessão, bem acessório, beneficiando o construtor de boa-fé em face do titular

desidioso, aquele em que podendo, não impediu a invasão ou a realização de obra nova. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

Todas as maneiras citadas como modalidades de aquisição da propriedade imóvel, estão vinculadas a duas formas: originária ou derivada. É originária quando derivada da origem, do princípio, isso significa dizer algo que surge de maneira desvinculada de relação anterior, no caso da aquisição imobiliária, especificamente, extrai-se a ideia de que o atual possuidor não há relação com o anterior, dessa forma não houve transmissão. A doutrina cita a Usucapião, como forma de aquisição originária, por vislumbrar a ausência de relação entre os titulares. É derivada quando constitui ideia avessa a originária, de modo que há relação jurídica com o antecessor, assim, há transmissão da propriedade de um sujeito a outro. A regra essencial constitutiva dessa forma é que ninguém pode transferir mais direitos do que tem “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*”. Como exemplo, podemos citar os atos entre vivos, de disposição por parte do proprietário, como alienação ou doação, como também a partir da morte do *de cuius*, de forma que haverá transferência da herança aos herdeiros e legatários. (RIBEIRO, 2003) (PEREIRA, 2012)

1.1.6 FORMAS DE PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A perpetuidade é característica da propriedade imóvel extremamente relação com a perda do bem, ela garante que caso ocorra à perda, será condicionada a vontade do proprietário, ligada ao poder que apenas ele tem de dispor, por meio da renúncia, da doação ou da alienação por exemplo. Contrário a esse entendimento existem eventualidades legais, elas preveem a dispensa da vontade do proprietário, é o caso da usucapião, é o caso da desapropriação, entre outras. (MONTEIRO, 2003)

Os casos de perda da propriedade imóvel estão elencados no artigo 1.275 do código civil, o dispositivo não se trata de rol taxativo, exemplificando assim, apenas as principais formas: por alienação, modo voluntário de perda da propriedade, subordinado ao registro do título translativo, realizada por meio de contrato, sob forma derivada, devido ao caráter de relação jurídica bilateral, de forma onerosa a exemplo da compra e venda, ou de forma gratuita a exemplo da doação.

Essa alienação poder ser fruto de compulsoriedade, onde a vontade do proprietário não define a perda, mas a lei, como exemplo a arrematação em hasta pública; (MONTEIRO, 2003)

Pela renúncia, modo voluntário de perda da propriedade, subordinado ao ato renunciativo no registro de imóveis, onde unilateralmente e de forma expressa o titular do bem se abdica daquele direito. Para essa escolha existem formalidades a serem seguidas, a começar pela lavratura da escritura pública de renúncia de direitos reais, sempre que os imóveis obtiverem valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país; (MONTEIRO, 2003)

Por abandono, modo voluntário de perda da propriedade, unilateral, tácito, mas não presumível, havendo assim dois requisitos capazes de configurar a desídia: o abandono do bem e o propósito de não ser mais o dono, caracterizado pela ausência de *animus*. Desse modo, fica o imóvel livre para apossamento, se assim não ocorrer, haverá arrecadação pelo prazo de três anos esperando reclamação do bem, em seguida reverte-o em favor do Estado. Cabe arrependimento, dentro do aludido prazo. (MONTEIRO, 2003)

Como modos involuntários da perda da propriedade imóvel, ou seja, situações em que a vontade do proprietário não é considerada estão: o perecimento, modo onde ocorre o desaparecimento do bem por razão de algum fenômeno da natureza, por exemplo, um tornado, terremoto, entre outras cruéis possibilidades, de forma que, perecido o objeto perece o direito sobre ele; a desapropriação, modo constituído por ato unilateral do Estado, é instituto de direito público, com tríade reflexológica entre o direito constitucional, administrativo e civil, havendo para tanto, previa e justa indenização em dinheiro como assegura a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos da desapropriação são: a necessidade ou utilidade pública, interesse social, requisição ou, em caso de perigo público iminente, onde o proprietário é obrigado a privar-se do bem, é um modo de transferência compulsória, pela forma originária, uma vez não estar presente o desejo do proprietário em transferir sua propriedade e nesse caso o registro ser meramente declarativo. Existe a primazia por um acordo desapropriatório amigável, restando infrutífero, ela ocorrerá por vias judiciais. (MONTEIRO, 2003)

Como outros modos de perda da propriedade, cabe elencar também, a usucapião, a acessão, a dissolução da sociedade conjugal ou união estável onde

houve aquisição bilateral de bem imóvel, e de igual modo, a morte, fato ensejador da transmissão por meio da sucessão. (GONÇALVES C. R., 2013)

1.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil exige que o direito de propriedade seja exercido nos limites do interesse econômico-social. Deve, portanto, atribuir destino louvável ao bem, destinando-o a moradia ou produção, e assim, atender ao princípio da função social da propriedade exigido pelo Constituinte. (JUNIOR, 2004) (RIBEIRO, 2003)

A propriedade sem função social é sinônimo de abuso do direito, todavia, reconhecer seu cumprimento é uma tarefa espinhosa incumbida ao aplicador da norma específica, seja no judiciário por meio das sentenças, seja no executivo a exemplo das ações do INCRA. Caso verificado o descumprimento desse preceito constitucional serão aplicadas as sanções correspondentes. O artigo 187 do código civil para definir se há o ato ilícito objetivo ou o abuso do direito se vale do paradigma da boa-fé cumulado com o paradigma da função social, portanto, ao analisar o exercício de um direito subjetivo ou potestativo, verifica se concomitantemente houve atenção aos interesses individuais e coletivos no exercício da propriedade, mediante os limites impostos pela boa-fé objetiva entre as partes que se relacionam, a fim de assegurar proteção. (JUNIOR, 2004) (RIBEIRO, 2003)

Em caso de verificação da desídia do proprietário em relação ao exercício da função social, por via de manifesto desinteresse em cumpri-la, abrir-se-á margem para que terceiro a cumpra. Nesse cenário, temos o proprietário que não tem posse e não exerce a função social e o possuidor que não é proprietário mas exerce a função social, no caso específico a função social da posse, pois a propriedade é alheia, apenas a posse lhe é inerente. (NETO, 2003)

Sob a ótica do código civil de 1916, essencialmente patrimonialista e liberalista, o proprietário com o título devidamente registrado no cartório competente, ainda que não cumpridor da função social, seria mantido na sua propriedade e, portanto, protegido. Mudança trazida pelo código civil de 2002, sob nova ótica, do direito civil constitucionalizado, pautado nas relações Inter privadas pela eficácia

horizontal dos direitos fundamentais e com a relativização do caráter de proprietário, conferir-se-á ao possuidor, cumpridor da função social, à proteção, tendo em vista o exercício do direito fundamental à moradia, por exercer dignidade e por cumprir o preceito constitucional da função social inerente aos imóveis. (MELLO, 2011)

Essa consideração agrega valor a teoria de Ihering, cumula a posse com a função social, para tanto, é essencial se ater a cada caso concreto e jamais ter por base casos abstratos. Para verificar o cumprimento da função social da propriedade, serão analisadas as peculiaridades de cada caso, a fim de que, sejam aplicadas as sanções respectivas definidas constitucionalmente da melhor maneira, caso comprovada a necessidade de punição. (Ihering, 2005) (MELLO, 2011)

Três medidas sucessivas punitivas foram trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil: o parcelamento, edificação ou utilização do imóvel; o IPTU progressivo; e a desapropriação sanção. A primeira consiste no poder dos municípios incluir uma área no plano diretor e posteriormente lei municipal definir o parcelamento, edificação ou utilização compulsórias dos imóveis situados naquela área. Não sendo parcelado, edificado ou utilizado o imóvel, como segunda medida, apresenta-se o IPTU progressivo, nesse caso o tributo não é arrecadatório mas com finalidade extrafiscal, e enseja a terceira medida: a desapropriação sanção, indenizada com pagamento em títulos da dívida pública municipal, fugindo da regra definida pela CRFB no artigo 5º inciso XXIV que afirma a indenização prévia, justa e em dinheiro. A constituição deixa a cargo da legislação infraconstitucional os critérios específicos da função social a cada caso concreto, mas estabelece de forma geral, transparentemente, as consequências do descumprimento dessa determinação. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

O grande mentor do código civil de 2002 é Miguel Reale, além da Constituição da República, ele foi a grande inspiração do legislador, bom exemplo disso, relacionado especificamente à função social, tem-se a criação da desapropriação judicial no interesse privado, decorrente do descumprimento da referida função. É efetuada pelo Estado, não em função executiva como ocorre via de regra, mas pela função jurisdicional, e não no interesse público primário, da administração pública, mas em interesse público secundário, em benefício da coletividade. Como é o caso do disposto no artigo 1228, parágrafos 4º e 5º, em que os possuidores de boa-fé, por mais de cinco anos estabelecidos em determinado terreno, tendo erguido obras de cunho social e interesse relevante, após justa

indenização em favor do proprietário, serão beneficiados com a propriedade daquela área que fora habitada por eles em virtude do descumprimento da função social pelo titular. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. ” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Confrontando de um lado o direito de propriedade esvaziado e do outro a posse enriquecida, nessa perspectiva logra êxito a posse enriquecida. Outro exemplo em que o interesse coletivo sobrepõe-se ao individual e enseja como efeito da função social benefício a coletividade é o prédio encravado, situação onde fica determinado a passagem forçada para acesso à via pública, mais uma vez desprivilegiando o direito do indivíduo proprietário em favor de fins sociais, outro nome recebido para essas circunstâncias inversas, em que o Estado desapropria não em benefício próprio, mas como maneira de promover direitos de segunda dimensão é desapropriação judicial invertida. (MELLO, 2011) (RIBEIRO, 2003)

O Estado é o definidor da função social da propriedade nas relações privadas, determina aquilo que o proprietário deve respeitar e cumprir para atender a esse princípio, objetivando benefício a toda a coletividade, por meio de destinação produtiva e prestadora de serviço populacional, caso contrário, não é cumprida a função social e existem punições que vão desde o IPTU progressivo até a desapropriação do imóvel, previstas no Estatuto das Cidades. O órgão que administra o patrimônio nacional é a Secretaria do Patrimônio da união, ela destina os imóveis que não cumprem a devida função social para fins que atendam interesses sociais. (GONÇALVES C. R., 2013) (JUNIOR, 2004)

De imediato cabe pensar na moradia, especialmente, nas famílias de baixa renda com habitação precária e irregular, sem crédito, sem possibilidade de investimento, sem fomento. A função social da propriedade tem o dever de garantir

relocação digna a essas famílias e assegurar subsídios capazes de enfrentar efetivamente essa carência, isso ocorre, punindo proprietários que não cumprem na sua propriedade essa imposição estatal e, portanto, possibilitam a transferência da titularidade. O Programa Minha Casa Minha Vida é exemplo da tentativa do Estado na resolução desses conflitos, o programa governamental busca identificar áreas com capacidade habitacional para promover edificações com o patrimônio da União, que é patrimônio de todos e inequivocamente deve ser utilizado em prol da coletividade. (MELLO, 2011) (JUNIOR, 2004)

Cumpra-se destacar que a função social da propriedade urbana é o âmago da usucapião familiar, todavia, apesar de não ser o enfoque, é necessário enfatizar que os preceitos constitucionais da função social, são de suma importância e aplicação na propriedade rural, de modo que, a função social dessa espécie proprietária também visa assegurar direitos sociais. Primeiramente objetiva-se produzir alimento e quando conveniente exporta-se, segundo, é necessário a conservação do meio ambiente, e terceiro, proporcionar salários dignos aos trabalhadores que fazem essas terras produzirem. Segue nesse ritmo a reforma agrária e o agronegócio que, portanto, merecem regulamentação social e cultural para resolver o problema de identidade cultural do país, em muitos casos, explora os trabalhadores agrícolas e protege latifúndios improdutivos. Essas rasas considerações surgem apenas para que não fique desprezado o exercício da função social na propriedade rural, que é igualmente importante e exigível. (JUNIOR, 2004)

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, referindo-se as modificações do Estado Liberal para o Estado Social, o direito privado e direito público não sustentaram o seu sentido inicial, pois o direito privado não mais se priva ao âmbito da vontade individual e o direito público não mais se motiva na subordinação do cidadão. Boa definição para de início perceber que a propriedade não atinge um fim puramente individual e egoístico, especialmente na esfera pública há necessidade em estabelecer ordem, conscientizar o proprietário e puni-lo quando necessário. Essa punição, no seu teor mais rígido, confere a diminuição do patrimônio do proprietário falho, que não cumpre com os requisitos da função social da propriedade e intitula como proprietário aquele que o faz. É clara a percepção de que a vontade do indivíduo é limitada em favor da coletividade, mesmo em direitos individuais. A esfera pública determina vedação ao indivíduo que pretende se

beneficiar em detrimento coletivo, para fazer valer o respeito as ordens impostas e ao que determina a função social da propriedade. (MORAES, 1993)

No início do século XX, surgiu o primeiro conceito de função social da propriedade através de Leon Duguit, numa perspectiva jurídica, pois até então, apenas os filósofos, como Montesquieu, Hobbes, Locke, entre outros, estudavam o tema, e por serem filósofos, numa perspectiva filosófica. Leon Duguit não fundamentou sua teoria no direito enquanto mera obra do legislador, ele apresentou uma teoria com base sociológica, em que se avaliava o comportamento e necessidades da sociedade, conforme o avançar dos tempos, os fatos por si só, constituem a necessidade de normas reguladoras de direitos evoluídos, as relações entre as pessoas criam e exigem isso. Para Duguit o proprietário deve uma contrapartida para os demais indivíduos, com o fim de ter seus direitos protegidos, logo, as riquezas trazem obrigações, e essas devem ser respeitadas e devidamente cumpridas, caso não seja, será necessário destituir o título de proprietário. (DUGUIT, 1975)

“O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e, especialmente, das suas próprias, de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa na satisfação das necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias. ”. (TEIZEN JÚNIOR, 2004. p. 154)

O Código Civil dispõe que o direito de propriedade carrega consigo finalidades econômicas e sociais, que consistem: na preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico e em evitar a poluição do ar e das águas (art. 1228 do CC). A contaminação do solo também seria uma maneira de descumprir a função social da propriedade. Diante disso, a propriedade é instrumento da produção e circulação de riquezas, a fim de que se estabeleça moradia, ou, produção econômica que não destrua bens, valores ou o meio ambiente, para que não cause prejuízos a terceiros, esse é o efeito do sopro da socialização, herança da Revolução Francesa. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

Quando se fala em cumprir a função social da propriedade, especificamente, se fala em cuidar do bem e empregar utilidade. É válido usar como exemplo um imóvel residencial, onde a função social da propriedade consiste em prover boa

qualidade de vida não somente ao proprietário, mas para a coletividade. Consiste em, não apeteecer apenas os desejos do indivíduo titular do direito de propriedade, mas em privilegiar o coletivo, que deve ser respeitado reciprocamente e não sofrer prejuízos causados pela irresponsabilidade do proprietário. Pensando ainda no exemplo supracitado, um imóvel residencial, caso abandonado, seguramente acumulará lixo, doenças, impostos, práticas criminosas e, por efeito, muita insegurança. Logo, quem o assume como seu, cuidando de todos esses aspectos e impedindo esse prejuízo coletivo, deve ser recompensado em face do proprietário abandonico e em benefício do princípio cumprido. (RIBEIRO, 2003) (BESSONE, 1996)

2 USUCAPIÃO FAMILIAR E AS DEMAIS MODALIDADES DA USUCAPIÃO

O conceito de família, assumindo o seu viés contemporâneo, acometido de mutações inimagináveis às gerações anteriores, rompeu com a transpessoalidade aludida no Código Civil de 1916 e constitui-se, a partir de 1988, como uma entidade de afeto e solidariedade recíproca. A figura da família hierarquizada, voltada principalmente para a tutela patrimonial, sob forte influência da igreja e seus princípios religiosos, onde o homem, marido e pai, era o possuidor exclusivo do poder familiar, superior imediato da esposa e comandante da produção agrícola, cuja, representava a essência que verdadeiramente unia aqueles membros, foi desconstituída. O despotismo do marido, a submissão da esposa e o silêncio crítico dos filhos, não acompanharam a evolução do direito de família e, portanto, foram desprezados, dando lugar, a um grupo, agora unidos por afeto, com objetivos e vozes comuns, livre manifestação e troca de assistência, que enseja direitos fundamentais, sociais e individuais, como preceitos basilares. (LÔBO, 2009) (MORAES, 1993) (SARMENTO, 2006)

Essa evolução no conceito e no direito de família, justificada pela autonomia adquirida por cada integrante do grupo familiar, iniciada no século XX, e influenciada pelos fenômenos sociais e industriais revolucionários, tem como marco inicial, o posicionamento da mulher como sujeito de direitos. Ela foi reconhecida plenamente capaz, com independência para inserir-se no mercado de trabalho, exercer de forma igualitária o poder familiar e expressar voz deliberativa. (CARBONERA, 2000) (MELLO, 2011)

Cabe lembrar, que a mulher era considerada como incapaz, se casada, adquiria o ainda muito precário, status de relativamente incapaz, situação em que se vinculava a autorização do marido, para caso ele entendesse viável e autorizasse, ela pudesse exercer alguma atividade profissional. A evolução obteve continuidade com a extinção da análise da existência de possível culpa, que tenha sido capaz de dissolver a relação, como critério para definir a guarda dos filhos, a instituição de alimentos e a partilha dos bens. (CARBONERA, 2000) (LÔBO, 2009)

Diante do posicionamento da Constituição da República Federativa do Brasil, em romper com o sistema patriarcal hierarquizador familiar, essencialmente patrimonialista, surtiu como efeitos: a adoção de princípios que visam assegurar a

dignidade da pessoa humana corroborado pela igualdade de gênero, ocasionou elevação axiológica, enfatizando a colaboração da mulher, a normatização da tutela adequada aos direitos da criança e do adolescente, proporcionando uma nova face a família brasileira, por meio dos privilégios concedidos ao âmbito das liberdades individuais e, conseqüentemente, institucionalizando o progresso. (CARBONERA, 2000) (LÔBO, 2009)

O Estado Democrático de Direito, distribui efeitos não apenas no seio íntimo da família, mas também, em todo o núcleo social, ou seja, da família frente ao próprio Estado e, dos indivíduos frente ao próprio Estado e aos demais indivíduos, com oponibilidade “erga omnes”, ressurgindo, com alcances garantidores de direitos subjetivos concretos e não mais abstratos. Como exemplo, vale citar o direito fundamental à moradia impondo-se à propriedade. Essa nova face familiar, centrada na realização de direitos fundamentais, enseja refletir se a nova modalidade de usucapião caminha no sentido de assegurar o desenvolvimento da personalidade dos integrantes da família, ou, se traduz como uma forma do Estado fomentar recuo nas relações privadas. (GONÇALVES C. R., Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 7ª ed. , 2010) (LÔBO, 2009)

Se concentra, no aparente retrocesso em relação aos critérios que definem o caráter evolutivo do direito de família e, por consequência, do direito civil e constitucional, refletindo em todo sistema normativo brasileiro, uma das principais preocupações em relação a nova modalidade de usucapião. Tendo em vista, a luta histórica para assentar valores individuais, modificar a compreensão comportamental do grupo familiar, visando progredir, posteriormente consolidando o progresso, surge uma nova forma de aquisição da propriedade que enseja decréscimo e incompatibilidade normativa. Maquiada com argumentos garantidores, protecionistas e de eficácia positiva, mas que verdadeiramente, suprime avanços já estabelecidos. (MELLO, 2011) (GONÇALVES C. R., 2013)

A captação pelo uso nessa modalidade de usucapião familiar urbana se dá pela inércia do meeiro após a evasão do único imóvel daquele casal. O prazo de dois anos é o compatível para a devida manifestação segundo o artigo 1240-a do Código Civil, caso não ocorra, o consorte inerte, entrega ao outro o ânimo de senhor exclusivo daquele imóvel, constituído por via comum. Essa expectativa de direito, causada pelo suposto abandono, implica benefício apenas para casais localizados em solo urbano, desprivilegiando, os cônjuges e companheiros com imóveis

localizados em solo rural, o que demonstra mais um sinal de inconstitucionalidade e incompatibilidade sistêmica. A parte pretensa usucapiante não pode possuir outro imóvel para ser beneficiada e nem exercer novamente essa forma da usucapião. (GONÇALVES C. R., 2013)

Um dos direitos reais elencados no artigo 1.225 CC é a usucapião, se trata de uma forma de aquisição de bens diante do abandono do verdadeiro proprietário, uma vez que o terceiro utiliza o bem, cumprindo-lhe a função social inerente, e assim, impedindo a incidência, o acúmulo ou a continuidade, de condições indesejadas provocadas por efeito do abandono, ocasionando benefício tanto ao Estado quanto aos outros indivíduos que sofreriam prejuízos em virtude dessa conduta desidiosa. Esse terceiro exerce a posse como se fosse dono, de forma mansa, pacífica e ininterrupta, ao longo do tempo fixado em lei, e posteriormente move a demanda judicial cabível, a fim de demonstrar cumpridos os requisitos, e se tornar o efetivo proprietário daquele bem por meio da sentença declaratória. (RIBEIRO, 2003)

O gênero usucapião abarca dentre as suas espécies a novel usucapião familiar, essa por sua vez, foge das características centrais que fundamenta as demais espécies, fuga compreendida quando analisado o lapso altamente curto; a incontroversa relação com a parte usucapida; e por não haver critérios capazes de definir a expressão “abandono do lar”, termo suscitado no texto normativo. O assunto em questão é muito mais específico que o instituto da usucapião, muito delicado, tendo em vista a simultaneidade da perda parcial da propriedade por parte de um, e da aquisição integral da propriedade, em benefício do outro. (RIBEIRO, 2003) (DIAS, 2012)

Especificamente trata-se: de um casamento ou união estável, na qual, o casal adquiriu um único imóvel, que comporta dimensões de até 250 metros quadrados, e posteriormente, um deles interrompe a relação e se retira do imóvel, dando a possibilidade de permanência ao outro. Essa situação deve ser legalizada em período não superior a dois anos, sob pena de acarretar a perda dos direitos sobre o bem. É requisito também que o consorte permanente não possua outro imóvel e nem tenha sido beneficiado por essa lei anteriormente. A lei se refere a imóveis urbanos, desse modo, não beneficia as famílias assentadas em terrenos rurais. Em junho de 2011, tendo por base os fundamentos do programa habitacional minha casa minha vida, foi inserida essa possibilidade no ordenamento jurídico

pátrio, especificamente no código civil, por meio do artigo 1.240-A, por força da lei 12.424/11. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014) (Amorim., 2012)

“Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

A jurisprudência ainda caminha a passos lentos, visto a recente instituição do referido artigo, todavia, não há controvérsias a respeito de quando as ações poderiam ser ajuizadas:

USUCAPIÃO Ação de usucapião familiar - Autora separada de fato que pretende usucapir a parte do imóvel que pertencente ao ex-cônjuge - Artigo 1240-A do Código Civil, inserido pela Lei nº 12.424/2011 Inaplicabilidade Prazo de 2 anos necessário para aquisição na modalidade de “usucapião familiar” que deve ser contado da data da vigência da lei (16.06.2011) - Ação distribuída em 25/08/2011 Lapso temporal não transcorrido Sentença de indeferimento da inicial mantida RECURSO DESPROVIDO. VOTO Nº 5.149 APELAÇÃO Nº 0040665-69.2011.8.26.0100 COMARCA: SÃO PAULO (1ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS); JUIZ: CARLOS HENRIQUE ANDRÉ LISBÔA; em 25/02/2014.

Neste sentido, precedente desta C. Câmara:

“PROPRIEDADE. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. 1. Justiça gratuita. Indeferimento do pedido. Decisão, por sua vez, irrecorrida. Preclusão da matéria (art. 473, CPC). Modificação da condição econômico-financeira da autora, a seu lado, não evidenciada, tornando descabida a reiteração do pedido. 2. Autora que pretende usucapir a parte do imóvel pertencente ao seu ex-cônjuge, na forma do art. 1240-A, do Código Civil. Lapso necessário à referida modalidade de usucapião (2 anos), entretanto, não superado, considerando a data de início de vigência da lei (16.06.2011). EXTINÇÃO PRESERVADA. APELO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO” (3ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0040710-73.2011.8.26.0100, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 04.12.2012).

Muitos processos ainda estão em trâmite devido a possibilidade de ajuizamento da ação apenas a partir de junho de 2013, no entanto, percebe-se grande dificuldade para que os magistrados reconheçam os requisitos da usucapião familiar no caso concreto, e assim, há pouca aplicação da nova modalidade:

*“apelação cível. ação de divórcio. fixação de alimentos em favor da ex-cônjuge. cabimento. plano de saúde vinculado à relação empregatícia que foi rompida. restabelecimento inviabilizado. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE DE USUCAPIÃO FAMILIAR. **descabimento**. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. prequestionamento.”*

“Do mesmo modo, tenho que não merece prosperar a pretensão da recorrente de reconhecimento da nova modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do CC¹ (usucapião familiar) como fato impeditivo do direito de partilha sobre o bem imóvel matriculado sob o nº 50.655 (fls. 20/21), já que, conforme observado na origem, não se verifica na hipótese o preenchimento dos requisitos legais, no caso, o abandono do lar, já que o varão nunca residiu no imóvel em questão.” (Apelação Cível, Oitava Câmara Cível Nº 70060750387 (Nº CNJ: 0267601-44.2014.8.21.7000) Comarca de Porto Alegre; Des. Ricardo Moreira Lins Pastl (RELATOR) em 11/09/2014.

Como todo assunto divergente cumula argumentos contrários e favoráveis, é papel do transmissor apontá-los, para proporcionar ao leitor capacidade crítica de posicionamento, ou ao menos, lhe oportunizar contato com as razões defendidas por cada base.

Os que compõem a base favorável à instituição e aos efeitos da nova modalidade de usucapião, defendem que a legalidade e constitucionalidade são plenamente respeitadas, uma vez que, protegido o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, a moradia.

Levando em consideração que o sujeito protegido é sujeito concreto, afirmam alguns compositores da corrente defensiva: o desenvolvimento da personalidade de cada membro da família, sob o prisma da coexistência. Diante da proposta de assegurar proteção a um sujeito concreto, àquele que se encontra em situação de abandono afetivo, econômico e moral, mas que permanece no imóvel, arcando com as despesas inerentes e suportando os efeitos da ausência daquele que dissolveu a relação, surge em contrapartida, o desprezo aos direitos deste outro indivíduo, que por sua vez deu causa a esse prejuízo, pois, ultrapassado o prazo de dois anos desse cenário sem que haja a devida oficialização do rompimento e partilha, assume

o risco de perder a propriedade adquirida em comunhão de bens ou condomínio em favor do ex cônjuge ou ex companheiro. (Fachin, 2011)

Proteger o direito de um, frente a desconstituir o direito do outro, se justificaria, no máximo, se o instituto mantivesse assegurado o mínimo existencial daquele que sofre o “desamparo” da mesma forma aos outros membros da família, inclusive, daquele que escolheu por desvincular-se.

O critério para definir essa proteção ao consorte em situação de desamparo afetivo é vinculado à autonomia privada, pois, aquele que tomou a iniciativa de se desvincular da relação afetiva e se retirar do imóvel, age por vontade própria e tem parâmetros previamente estabelecidos, já aquele que é deixado, em muitos casos, fica à mercê da dor e do desamparo que surgem como uma desagradável e indesejável surpresa, mas não lhe assiste o poder de manter o outro vinculado a relação ou ao lar. Esse entendimento, traduz a intenção do legislador em admitir o exercício da autonomia privada, desde que, sejam assumidos os ônus decorrentes dessa vontade, um deles, responder pela inércia e ausência, com a perda da propriedade em favor do outro que permaneceu sem diretrizes. Esses argumentos são basilares aos que defendem a novel modalidade. (Fachin, 2011)

Quanto à segurança jurídica e a propriedade, princípios constitucionais relacionados à base do Estado Democrático de Direito, entendem os defensores da usucapião familiar, que esses estão devidamente cumpridos e respeitados, não em favor daquele que abandonou o lar, obviamente, mas produzindo certeza e previsibilidade àquele que foi abandonado, portanto, cumprem o seu devido papel, uma vez que, asseguram solidez ao sujeito em situação de desamparo, em desfavor daquele que não mais se interessou por cumprir a função social do imóvel, situação que enseja constitucionalmente critério para a perda da propriedade. (Fachin, 2011)

Sob a perspectiva do conflituoso termo “abandono do lar” sustentam os defensores do instituto, que não há margem para conflito algum, tendo em vista que o simples rompimento da coabitação, não se trata, sequer, de critério indispensável para constituir ânimo de família, assim, também não seria capaz de ensejar o falado abandono, *tem se, pois, que o abandono do lar deve ser interpretado como o momento em que o outro cônjuge ou companheiro retira-se do seio íntimo familiar e abstém-se de partilhar as despesas decorrentes, sem prestar qualquer auxílio, seja moral, financeiro ou psicológico, abdicando da solidariedade assistencialista devida e esperada pelos entes*. Dessa forma, não cabe falar em necessidade de registros

formais do termo inicial, como boletins de ocorrência ou alguma comunicação ao judiciário, até mesmo para que não dificulte ou atrase o alcance do lapso mínimo legal de dois anos. (Fachin, 2011)

O ônus do pretense usucapiente trata-se apenas de consolidar nos autos os fatos, por meio de testemunhas, fotos, indícios informais que produzam cunho probatório a ponto de formar o convencimento do juiz quanto a data do efetivo abandono, para que seja iniciada a contagem do prazo. Pelas palavras de LUIZ EDSON FACHIN, um dos principais defensores do instituto, extrai-se:

“A par do que se expôs, apreende-se que o novo dispositivo legal encartado ao Código Civil é adequado aos vetores que esteiam o ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível o acolhimento sistemático do artigo 1.240-A em leitura orientada pelas determinantes principiológico-constitucionais. Ademais, tem-se por relevante e prudente compreender que o desiderato espelhado por tal dispositivo constitui-se, respeitando os pressupostos já elencados, em sua estruturação gradual. Eis a perspectiva de que uma lei não nasce ab ovo pronta e acabada como tal, antes é fruto da apreensão do mundo dos fatos e deve, depois, fazer-se lei no exercício cotidiano da praxe”.⁽¹⁾ A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro; Luiz Edson Fachin. 2011. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733> acesso em 05/11/2014)

Tecidos os comentários favoráveis, ainda assim, permanecem as inconsistências sistêmicas trazidas pela adoção da nova modalidade de usucapião ao ordenamento jurídico pátrio. Pois, mesmo partindo do pressuposto que a lei não nasce pronta para aplicação perfeita, completa e imediata, sobressai a sensação das imensas lacunas que manipulam os avanços jurídicos já alcançados, a ponto de extingui-los. Como é o caso de novamente analisar, se é culpado aquele que decidiu findar a relação amorosa, com o fito de aplicar-lhe a perda de sua meação a título de punição. Como também é o caso, de analisar a supressão de direito fundamental à moradia e à propriedade de um sujeito em homenagem injustificada a outro sujeito. Levando em consideração, que para um alcançar a propriedade integral do bem comum, condiciona o outro a perder sua parte, supressão que não constitui justificativa capaz de privilegiar a justiça social, pois esse outro que será prejudicado também é titular dessa mesma prerrogativa. (DIAS, 2012) (Amorim., 2012) (MORAES, 1993)

Com interpretações tendentemente abolicionistas que impregnam retrocesso, essa nova modalidade de usucapião em nada valoriza o desenvolvimento da personalidade dos membros da família, muito pelo contrário, verdadeiramente, inibe as liberdades individuais tão defendidas e enseja uma obrigação em oficializar a desconstituição do patrimônio do casal em curto tempo. De repente, essa não seria o interesse das partes naquele momento por visar reconciliação futura do casal, caso indiscutivelmente corriqueiro nas famílias em razão dos desgastes naturais que todas as relações se sujeitam; por intenção em proteger a moradia da prole e assim evitar abalos de maior vulto; ou até mesmo, estudando a técnica mais rentável para desfazer-se daquele único bem, que por uma ótica idealista, deve transformar-se em solução hábil para que os dois consigam assegurar moradia. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012)

Respeitar a vontade do casal de decidir quando haverá a partilha do patrimônio comum é direito que sequer merece discussão, sobretudo, porque há no sistema jurídico medidas suficientemente capazes de promover essa partilha, e só existem porque são necessárias para desconstituir um patrimônio comum, visto que foi adquirido por mais de uma pessoa e cada parte merece sua proporção e mesmo na ausência do acordo entre as partes pelo momento ideal, nenhum dos consortes será impedido de promover a ação litigiosamente. (VENOSA, 2008)

Em âmbito das liberdades individuais, o poder judiciário assegura que cada um desvincule-se ou vincule-se quando lhe for desejado e até quando for. Comprovar esse argumento não enseja mínima dificuldade, pois, se constitui bom exemplo o divórcio direto, inclusive facultado em cartórios de maneira muito mais célere e econômica. Constituindo-se em tutela eficiente dos direitos individuais, e quando incorrerem impossibilidades ou desinteresse pelo divórcio no cartório, as varas de família estão disponíveis para promovê-lo, sem que haja exigência de acordo, sem análise da existência de culpa para aplicar qualquer punição a qualquer das partes, sem necessidade sequer de partilhar o patrimônio de imediato, justamente, por priorizar a liberdade do indivíduo, o desenvolvimento da personalidade e assegurar os princípios estabelecidos pelo poder constituinte. Esses são critérios que exalam avanço e traduzem respeito ao Estado Democrático de Direito, permitindo que a pessoa humana haja por parâmetros intrínsecos, baseada na autonomia privada, ciente das consequências de suas escolhas, mas ciente também das liberdades que lhe assiste. (GONÇALVES C. R., 2013)

Por fim, afirmar que a usucapião familiar se apresenta como forma de proteger direitos do sujeito em concreta situação de abandono não constitui razão, tendo em vista, que um único artigo com poucas linhas, jamais conseguiria abranger as especificidades de cada desunião, de cada lar que se dissolve, de cada família que enfrenta uma crise amorosa. De modo, que também, não é objetivo do judiciário fomentar a quebra de braços nos tribunais, onde pessoas frustradas pelo fim dos relacionamentos amorosos buscam se valer, como consolo, da possibilidade de retirar do outro a propriedade que também lhe custou dedicação, para esses conflitos psicológicos são apropriados os divãs e não as instâncias judiciais. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012)

O argumento de justiça social não merece amparo, o fracasso nas alegações é nítido, uma vez que, uma lei não pode garantir àquele que se manteve na residência o direito de aquisição da propriedade integral do bem comum sob o fundamento de assegurar moradia. É indiscutível que a moradia é essencial, merece proteção e ações positivas por parte do Estado, para isso, existem as políticas públicas e os projetos de subsídios, erradicação da pobreza, transferência de renda, facilitadores de financiamentos, entre outras medidas específicas. Com base nas condutas prestacionais que deve o Estado promover, não se justifica falar em garantir moradia a um em detrimento da moradia do outro, sobretudo, em detrimento da propriedade do outro. Não constitui argumento plausível esse benefício que enseja prejuízo àquele que contribuiu para a aquisição daquela propriedade imóvel. (MELLO, 2011) (Amorim., 2012) (PEREIRA, 2012)

A nova modalidade de usucapião delimita a metragem máxima dos imóveis abarcados pelo artigo correspondente, deixa claro que a lei destina-se a famílias que possuem um único imóvel de até 250 metros quadrados, que fora adquirido pelo casal, portanto, patrimônio comunicável, onde cada parte tem sua proporção e nada se configura capaz de justificar essa supressão. (SARMENTO, 2006) (Amorim., 2012)

É pública e notória a finalidade dos regimes de bens, dada à justificada importância da partilha do patrimônio de um casal, este se constitui em maneira hábil para desvincular os bens adquiridos em comunhão, mediante as circunstâncias em que as partes escolheram previamente quando optam por um determinado regime e, na falta dessa escolha, a própria lei determina como se dará a divisão dos bens, dadas as proporções e atendidas às devidas peculiaridades, o juiz expede o

competente formal de partilha, documento que define o direito material da cada um. (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DA USUCAPIÃO, UM INSTITUTO MULTISSECCULAR.

Paralelo a novel usucapião surge a necessidade de analisar as modalidades já existentes, só assim haverá possibilidade de compreender como é polêmica essa recente modalidade da prescrição aquisitiva. O direito cria especificidades para cada um dos seus ramos, seja no âmbito do direito público, seja do direito privado, haverá uma área de atuação e pesquisa objetivando rumos mais adequados para a regulamentação e o bom funcionamento dos institutos, de modo que, alcancem pertinência e proporcionalidade aos avanços da sociedade, em atenção aos fatos institucionais que direcionam o comportamento social. (RIBEIRO, 2003) (MONTEIRO, 2003)

Esse é o claro modelo de democracia, expositor da intervenção estatal com o objetivo de diminuir desigualdades sociais e de exercer o verdadeiro Estado Democrático de Direito, pois há muito o homem médio percebeu que não seriam justas, igualitárias e cordiais, as relações dominadas por homens entre homens. Numa sociedade onde o homem é o lobo do próprio homem, facilmente o mais frágil será ceifado pelo mais forte, a força é medida por natureza econômica, o dinheiro compra quase tudo, o patrimônio é o alicerce das relações e precisam de estipulações que o limitem, para que reduza tantas desigualdades, distribuindo e redistribuindo as riquezas tantas vezes quantas sejam justas e necessárias, afinal a riqueza não se acaba ela muda de mãos. (SARMENTO, 2006)

A usucapião traz como essência a prescrição aquisitiva, multissecular, transmitida pelos romanos, que através do elemento posse prolongada no tempo, retira parte do patrimônio de um proprietário desinteressado e possibilita a incorporação ao patrimônio de alguém que se comportou como se verdadeiramente fosse o dono do bem abandonado. Em cada caso existem requisitos específicos a serem cumpridos, como o foco é tratar da usucapião de bens imóveis, rapidamente cabe lembrar que também é possível usucapir bens móveis. (RIBEIRO, 2003)

As modalidades de usucapião de bens imóveis são divididas em cinco espécies pelo direito brasileiro: a extraordinária, a ordinária e a especial ou constitucional, esta última divide-se em rural (pró-labore) urbana individual ou coletiva (pro-moradia ou pro misero) e recentemente, a nova espécie que se encontra na modalidade especial, a USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA FAMILIAR, o objeto específico dessa pesquisa. (ZACARIAS, 2003)

“O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos” (GONÇALVES, 2013, p. 258)

2.1.1 MODALIDADES DE USUCAPIÃO

2.1.1.1 USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

A Usucapião extraordinária é representada pela posse mansa, pacífica e ininterrupta exercida durante quinze anos com ânimo de assenhoramento definitivo. Nessa modalidade não é essencial que haja justo título e boa-fé, nem que o possuidor estabeleça residência, todavia, atribui em caso de moradia habitual ou caráter produtivo uma diminuição desse lapso. (RIBEIRO, 2003)

“Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Disciplinada pelo art. 1.238 do Código Civil é a usucapião derivada do transcurso da posse, por 15 anos sem interrupção de forma pacífica e mansa, esse lapso é o maior dentre as modalidades da usucapião e dispensa o justo título e a boa-fé, o prazo de 15 anos pode ser reduzido para 10 anos se o possuidor houver estabelecido residência ou realizado obras e serviços com finalidade de

produtividade essa é a chamada “posse-trabalho”, é importante ressaltar que o objetivo em ser dono é o tempero da questão, ou seja, a expressão consagrada que reflete essa metáfora se trata do importante *animus domini* (animo em ser dono) e depende de sentença judicial declaratória da aquisição da propriedade pela Usucapião, registrada no CRI, cartório de registro de imóveis. (ZACARIAS, 2003)

É importante enfatizar que não é qualquer situação de posse a mais de 15 anos, mansa e pacífica que irá caracterizar a usucapião extraordinária, faço referência aos atos de mera permissão, tolerância, cessão gratuita ou ocupação consentida pelo proprietário, aqui nesses casos é claro a presença de voluntariedade do proprietário, logo se o proprietário permite que alguém exerça posse direta em seu lugar é diferente do proprietário que abandona o seu bem. A soma de posses é levada em consideração (art. 1207), sendo necessário que o anterior possuidor e o possuidor atual, cumulem uma posse pacífica, contínua e não eivadas de vícios, livres de violência, clandestinidade ou precariedade na posse. (ZACARIAS, 2003)

2.1.1.2 USUCAPIÃO ORDINÁRIA

Na usucapião Ordinária é imprescindível que haja o justo título e boa-fé. O prazo exigido da posse mansa, pacífica e ininterrupta é de dez anos, que pode ser diminuído caso sejam encontrados elementos essenciais, como moradia do possuidor no imóvel e aquisição constituída de maneira onerosa;

“Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Disciplinada pelo art. 1.242 do código civil, confere o direito de usucapir ao possuidor, que exerceu por 10 de anos, posse mansa, pacífica e ininterrupta, com ânimo de ser dono, portando justo título e com boa fé. Esse prazo pode ser reduzido para 5 anos, caso o imóvel tenha sido adquirido por título oneroso, com base no

registro constante do respectivo cartório, cuja inscrição foi cancelada a *posteriori*, desde que os possuidores tenham estabelecido sua morada ou realizado investimentos de interesse social e econômico. A soma de posses é levada em consideração (art. 1207 CCB), sendo necessário que o anterior possuidor e o possuidor atual, cumulem uma posse pacífica, contínua e não eivadas de vícios, quais sejam a violência, clandestinidade ou precariedade, nessa modalidade o fundamental é analisar a presença de justo título e da boa-fé. (RIBEIRO, 2003)

2.1.1.3 USUCAPIÃO ESPECIAL

Disciplinada pelo art. 1.239 e 1.240 do código civil, a usucapião especial, também chamada de usucapião constitucional, devido a introdução pela Constituição Federal no artigo 183 nos âmbitos: especial rural (pró-labore) e especial urbana (pró-moradia) e também pelo Estatuto da Cidade, art. 9º usucapião urbana individual e art. 10º usucapião urbana coletiva. (RIBEIRO, 2003) (OLIVEIRA, 2002)

A modalidade se refere a imóvel em área rural não superior a cinquenta hectares, onde o possuidor de forma mansa, pacífica e ininterrupta, tenha exercido posse pelo prazo de cinco anos, independentemente de justo título e boa-fé. Há uma outra exigência em relação a unicidade do bem, para tanto, é necessário que o possuidor não possua ou seja proprietário de outro imóvel, independentemente de ser urbano ou rural. (ZACARIAS, 2003)

“Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. ” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

Na modalidade rural, é fundamental os requisitos da dimensão do terreno que pode ultrapassar 50 hectares e que a posse seja exercida por 5 anos ininterruptos, de forma mansa e pacífica, além de atribuir a zona rural caráter produtivo e, cumulativamente, que comporte sua moradia e de sua família, é válido lembrar que a propriedade só será atribuída se possuidor não for proprietário de outro imóvel, seja urbano ou rural. (ZACARIAS, 2003)

O usucapiente deve morar e trabalhar na terra, o objetivo trata-se de fixar o homem no campo, tal entendimento solidifica o princípio ruralista, onde quem frutificar a terra com seu suor, tendo nela sua moradia e de sua família, deverá ser o dono da terra. Cabe ressaltar que a pessoa jurídica não satisfaz as condições necessárias para essa modalidade de usucapião, tendo em vista que ela não constitui moradia, tampouco família. Aqui não se exige justo título ou boa-fé. A composesse (soma de posses) não é reconhecida pela doutrina e jurisprudência nessa modalidade. (ZACARIAS, 2003)

Na modalidade urbana, a posse está condicionada a imóvel urbano, com extensão máxima de 250 metros quadrados, utilizado para fins de moradia do possuidor ou de sua família pelo prazo de cinco anos de forma mansa, pacífica e ininterrupta, essa espécie também exige a unicidade do imóvel, dessa forma, o possuidor não pode possuir ou ser proprietário de qualquer outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014) (OLIVEIRA, 2002)

“Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

As modalidades urbanas individual e coletiva do Estatuto da Cidade estão previstas e disciplinadas pela lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. A individual é também disciplinada no artigo 9 e 183 da Constituição Federal e no código civil no artigo 1240, já a coletiva é prevista apenas no artigo 10 do referido Estatuto. Aqui o principal objetivo é beneficiar as famílias de baixa renda que não conseguem adquirir propriedade nos centros regularmente urbanos e encontram na invasão de

terrenos um meio hábil de estabelecer domicílio, gerando assim, um imenso conflito social. Devido à falta de fiscalização ocorre a invasão até em áreas de preservação ambiental, diante disso, a referida lei visa trazer instrumentos de impacto urbano capazes de legitimar a posse, regularizando favelas, transferindo-as para locais adequados quando estabelecidas em solo inviável e acometidas por riscos de desabamento ou contaminação, objetivando proteção ambiental e pacificação social. (ZACARIAS, 2003)

O Estatuto fala não somente de área urbana como o código civil, fala também em edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados na modalidade individual, caracterizando a possibilidade de usucapião em favor do superficiário, já que o principal objetivo da lei é a moradia. Na modalidade coletiva, o Estatuto da Cidade inovou amparando as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados ocupada por população de baixa renda onde não é possível individualizar cada cota ideal, não há no código civil previsão dessa matéria, o lapso para as modalidades de usucapião especial urbana, seja individual ou coletiva, é de cinco anos e segue o critério da posse mansa, pacífica e ininterrupta bem como a unicidade do bem. (OLIVEIRA, 2002)

3 O POSICIONAMENTO JUDICATIVO SOBRE O POSICIONAMENTO DO ABANDONO NA USUCAPÇÃO FAMILIAR

O argumento do suposto abandono do lar sofre descrédito com a distinção entre as duas posses, tendo em vista, que é exatamente a vontade do proprietário em retirar-se do bem que abre margem para o citado caráter dúplici. Então, se a força do direito dominial assegura o desdobramento da posse, a fim de que, a posse indireta beneficie o proprietário que concedeu exercício a outrem, ela, indiscutivelmente, visa impedir prejuízo em seu domínio, de modo que, contrapõe com maestria a punição a esse sujeito, pois quando ele permite que seu consorte continue residindo no imóvel, por entender que o momento é inábil para tomar a iniciativa da partilha, não merece punição, pelo contrário, é atitude que supõe honradez.

Neste sentido tem sido o entendimento do STJ:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE. – A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. – Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados. (STJ. EREsp 466329 (2004/0166475-2). Rel.: Min. Barros Monteiro. DJ 01/12/2006).

A análise do abandono do lar na usucapião familiar não deveria sequer ser suscitada, pois sepultada em 2010. Mas se ainda assim fosse, deveria se apresentar sob uma ótica jurídica de abandono do imóvel, e jamais abandono do lar, ou da relação afetiva, desse modo, sob uma perspectiva unicamente jurídica, ensejaria uma produção apurada de provas e buscar-se-ia aquele que é inocente para propiciar benefício. Em regra, aquele que permaneceu no imóvel teria o status prévio de inocente, pois aquele que “abandonou” é intuitivamente o culpado. Impossível desassociar esse abandono a análise de culpa, pois não há como definir o inocente que merece ser beneficiado, sem expor os fundamentos que constitui o outro como culpado. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012) (MORAES, 1993)

A princípio o objetivo da usucapião familiar é privilegiar a moradia e assegurar a permanência da família com o domínio integral do imóvel, afirmação baseada no caráter social do programa Minha Casa Minha Vida instituidor da referida espécie. No entanto, aquele que por ventura venha perder sua meação, não perderá em favor da família, mas em favor exclusivo do consorte. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

O abandono do lar, ocupando a posição de definidor de culpa, é de análise extinta, portanto, como aspecto jurídico inexistente. O legislador poderia no máximo ter citado o desinteresse na partilha do imóvel, pela inércia do coproprietário, a fim de tentar justificar a usucapião familiar. Assim, apenas a ausência de interesse pela sua meação poderia caracterizar abandono jurídico do imóvel, pois a pessoa humana, dotada de sua autonomia privada pode renunciar a direito que lhe assiste, e a renúncia não ocorre de maneira tácita, depende de manifestação expressa. Caso o consorte que se retirou do imóvel não manifeste expressamente a renúncia, seu direito de propriedade não admite supressão tão somente para intitular o coproprietário, como proprietário integral em virtude de um abandono que não existe no âmbito jurídico. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012)

Cabe ressaltar, que o prazo exíguo de dois anos não merece aplausos, tendo em vista, que apenas a inércia do coproprietário em período superior ao referido prazo, não pode constituir renúncia e, assim, nunca constituiria o único abandono capaz de ensejar a perda voluntária da propriedade, digo, o abandono jurídico do imóvel. A renúncia seria um direito do consorte caso essa fosse sua vontade, do contrário a ninguém cabe alegá-la. Essa inércia, a princípio trata-se de um ato de mera permissão, e não pode ser visto de outra forma, pois atos de renúncia não admitem presunção. (MELLO, 2011) (Amorim., 2012)

É uma invasão gigantesca e desarrazoada, definir que aquele que tem como único patrimônio essa meação, mas que ainda assim, retirou-se do imóvel em favor da família, sem proceder à partilha de bens e sem cobrar sequer aluguel da sua cota parte para evitar mais transtornos, abandonou o imóvel. E, como consequência disso sofrerá a perda dessa meação, quem tinha pouco, ou seja, metade de um imóvel, agora nada mais tem e por imposição da lei, é um perfeito descaso. (DIAS, 2012) (BESSONE, 1996)

Caso o consorte e, portanto, coproprietário renuncie seu direito, manifeste expressamente interesse em abdicar da proporção do imóvel que lhe cabe e,

escolhe abandonar juridicamente o imóvel, caberia pensar em beneficiar o pretense usucapiente, mas presumir abandono do lar, com base em questões éticas ou morais e afetivas, jamais ensejaria o abandono jurídico, apenas retrocederia a análise de culpa e punição, sabiamente superadas por meio da emenda constitucional 66/2010. Não há mais o que se aferir de culpa na dissolução das uniões, as pessoas que hoje estão em litígio já compartilharam o mesmo travesseiro no passado e não precisam se prender a uma relação apenas por temor social, por retaliação moral, para não sofrer punições. Esse recuo, não pode implicar na possibilidade da reanálise de culpa, pois não existe culpa, existe desinteresse, este por sua vez, é amparado pela autonomia privada, ninguém se vincula ou mantém-se vinculado a outro senão por interesse íntimo, uma vez que esse não mais existe, nada mais precisa ser justificado para dissolver a relação amorosa, essa prerrogativa, alcançada ao longo das batalhas doutrinárias tecidas pelos jurisconsultos, afirma a evolução do direito brasileiro e a essência jurídica que deve continuar sendo mantida nas relações. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012) (GONÇALVES C. R., 2013)

O legislador não exige comprovação de boa-fé ou posse justa daquele que permaneceu no imóvel, dessa forma, não constitui fundamento que se verifique a análise de culpa no suposto abandono. É mais coerente pensar na função social do imóvel, pura e somente, sem aliar aspectos subjetivos ou morais que se auto associam ao verbo abandonar. A análise do cumprimento da função social da propriedade dar-se-á por meio de apontamentos objetivos, a fim de que, seja verificado quem de fato a cumpriu. Reflexão que enseja mais incoerência, tendo em vista, que nem sempre aquele que permanece no imóvel deve ser beneficiado, pois, se até o proprietário uníssono identificado pelo registro notarial se sujeita a admissão de prova em contrário, o mero coproprietário do imóvel, não pode ser agraciado com presunção absoluta apenas por ali estar. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012) (JUNIOR, 2004)

Diante de um caso concreto a incoerência é mais bem compreendida, como exemplo, cabe citar casos de violência doméstica, em que a mulher se retira do imóvel por temor, por retaliação, por sofrimento, por agressão física, moral e psicológica, por dor, enfim, por inúmeros motivos, mas nenhum deles capaz de caracterizar abandono, situações em que evadir-se é legítimo e até urgente. Diante da traumática separação, da falta de acesso, do medo, suponhamos que a mulher

não possua condições de promover a partilha dos bens judicialmente, situação que perdura por período superior a dois anos, ela jamais poderia ser considerada como culpada, e jamais poderia perder sua meação em favor daquele que permanece no imóvel. Dito isso, o agressor, que permanece no imóvel cumprindo-lhe a função social por meio da destinação residencial, não é digno de usucapir a parte da vítima. Assim, não cabe falar em abandono, tampouco, em cumprimento da função social ou legitimidade da posse. Mais uma ótica em que os argumentos da usucapião familiar não merecem prosperar, pois são frágeis, violentos e rasos, essa superficialidade é perigosa e pode causar danos irreparáveis, e o mais intrigante de tudo, com a incabível outorga jurisdicional. (Amorim., 2012) (NETO, 2003)

Outra inconsistência que demonstra a fragilidade da usucapião familiar consiste na compreensão do termo “posse direta” trazido pelo legislador para classificar a posse exercida na nova modalidade de usucapião. A posse direta, só existe, se confirmada a posse indireta, por essa lógica, coexistem sobre o mesmo imóvel duas posses válidas, cada uma de um consorte. Desse modo, aquele que permanece no imóvel exerce a posse direta, e, diga-se de passagem, bem privilegiada, em relação àquele que se retirou da residência, mas que mantém o exercício da posse indireta, devido a sua condição de proprietário, no caso da usucapião familiar: coproprietário. Diante da classificação da posse direta na usucapião familiar o próprio legislador admite a impossibilidade da novel instituição. Cabe afirmar que faltou consultoria legislativa no texto do artigo, pois a posse direta jamais constituiria qualquer modalidade de prescrição aquisitiva, vem que implica claramente em detenção. O direito moderno, inteligentemente, distingue a posse direta da posse indireta, a divisão só ocorre em razão da permissão do proprietário, quando reconhece a um terceiro o direito de morar e, então, qualifica o desdobramento da posse. (Fachin, 2011)

3.1 EMENDA CONSTITUCIONAL nº 66 DE 2010, a extinção do julgamento da culpa pela dissolução do compromisso amoroso. Será?

A doutrina sugere a violação constitucional com base no princípio da vedação ao retrocesso e com base nos princípios de hermenêutica constitucional que obriga a lei a promover evolução, dito isso, não há que falar em análise de culpa no Brasil, dada a extinção do caráter dual para divorciar-se. Há de se considerar que separação de fato é uma coisa, abandono material do bem é outra. E culpa abolida. (LÔBO, 2009) (MELLO, 2011) (DIAS, 2012)

A ruptura da comunicação do patrimônio do casal é pertinente à data que de fato cessou a convivência, ou seja, a separação de fato põe termo na comunicação patrimonial comum. Dessa data em diante, começa a contar a prescrição no seio familiar, para todos os efeitos. De modo que a prescrição não corre entre cônjuges, mas corre entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, sem óbice, como afirma o diploma civil:

*“Art. 197. Não corre a prescrição:
I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;” (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)*

O legislador pensou em punir aquele que abandona o bem e privilegiar aquele que se responsabilizou pelo imóvel durante essa ausência e em muitos casos por toda a família que em tese é de responsabilidade de ambos. É inquestionável que quem desapareça por mais de dois anos, de forma injustificada e que não se preocupa com a maneira em que a família irá absorver esse abandono, superar as dificuldades psicológicas e inclusive financeiras, merece alguma punição. (DIAS, 2012)

Mas a proporção da punição merece equilíbrio. Retirar uma das partes da titularidade do imóvel, não se mostra plausível, tampouco, equilibrada, mas inequivocamente excessiva. Tendo em vista, que traz à tona aquela ideia da culpa do cônjuge ou companheiro por ter abandonado a relação, já superada por meio da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, e, contudo, deveria estar extinta.

“Após décadas de críticas duríssimas da doutrina e da sociedade organizada brasileira (principalmente do IBDFAM) entrou em vigor a EC 66/10 com a explícita finalidade de encerrar a questão da culpa dos litígios familiares.

Parte substancial da doutrina acredita na revogação de qualquer dispositivo que se fale em culpa no direito de família, inclusive quanto aos reflexos patrimoniais do divórcio. Questiona-se: agora que a prática forense começa a se acostumar a não excluir direitos de qualquer dos consortes com pauta na culpa, a lei 12.424/11 reviverá o tormento da culpa para indicação de direito patrimonial? ” (Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família. Ricardo Henriques Pereira Amorim. Advogado. Membro do IBDFAM. (http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20abandonado%20do%20lar%2001_09_2011.pdf) acesso em 07/11/2014)

A dita emenda assentou a desnecessidade da separação judicial e consequentemente dos prazos e da análise de culpa, através da estipulação do divórcio direto. Salutar mudança, tendo em vista que o poder judiciário não se trata do local competente para medir a dor e frustração que normalmente se encontra aos finais dos relacionamentos, afinal essa guerra travada pelos “ex” nos tribunais nada mais é que a disputa em quem vai conseguir prejudicar mais o outro, em quem vai levar a pior no fim do relacionamento. Essas questões íntimas deveriam ser tratadas nos consultórios de psicologia, ou até mesmo de psiquiatria, aos que desenvolvem excesso de perseguição e vivem em função de causar problemas àquele que não deseja o relacionamento. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012)

Ora é involuntário que o raciocínio permeie por esse caminho, e então retorna a discussão, onde está o direito de ir e vir garantido constitucionalmente, o direito à intimidade, o princípio da liberdade e principalmente o que se fez com a extinção da análise da culpa trazida pela emenda, põe na gaveta e esquece, ou abandona no sótão onde estão os objetos inúteis, também onde está o direito adquirido em razão da propriedade, sim é isso mesmo, um mar de indagações, sem fim. É para refletir, e mais, se inquietar a ponto de procurar as respostas saneadoras. Avocar evolução e não retrocesso. (DIAS, 2012)

3.2 A ANÁLISE DO CONCEITO DE ABANDONO, E ATÉ QUANDO A PARTE QUE PERMANECEU NO IMÓVEL É VÍTIMA E PREJUDICADA

Surge em torno desse tema analisar o que seria abandono. A expressão abandono do lar empregada pelo artigo 1240-a sustenta a maior indignação jurídica pois não existe abandono do lar, tendo em vista, que é de escolha íntima permanecer ou não no seio de uma relação e quanto ao imóvel, não há abandono, vez que a outra parte permanece se beneficiando da moradia e propiciando função social ao imóvel com isso. Todavia, o fato de uma das partes retirar-se do bem não constitui abandono, tampouco pode ser interpretado como motivo de punição ou como renúncia.

3.2.1 O FOCO NOS EFEITOS CAUSADOS AO DIREITO MATERIAL

Da violação ao princípio da igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 2014)

Sob as sábias considerações da ilustre Angela Regina Gama da Silveira Gutierrez Gimenez, Juíza de Direito, extrai-se que, fere ferrenhamente o princípio da igualdade o fato de que essa nova modalidade de usucapião visa beneficiar apenas casais em solo urbano, e exclui taxativamente aqueles localizados em solo rural, sem qualquer justificativa.

“Nesse diapasão resta difícil de compreender, por que a nova lei privilegiou somente as pessoas, cujos bens sejam urbanos, quando reconhecidamente, na zona rural às necessidades motivadoras da proteção, encontram-se igualmente presentes. Acrescente-se a isso que, os moradores da zona rural se encontram, na maior parte das vezes, mais distantes das políticas públicas protetivas”. Angela Regina Gama da Silveira Gutierrez Gimenez
(<http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticialImprensa/file/>)

2012/08%20%20Agosto/22%20%20Usucapi%C3%A3o%20Familiar_artigo_Juiza.pdf) aceso em 22/03/2015.

Conflitante pensar no porquê de o legislador desprivilegiar as famílias que constituíram patrimônio em solo rural, já que enxerga a instituição da usucapião familiar como um benefício social. Sobretudo, porque na maioria das comparações os povoados interioranos e rurais, sofrem muito mais carências sociais, assim, deveriam merecer até mais proteção estatal, objetivando a igualdade material. E não ferir a igualdade formal, excluindo-os, de algo que é incorporado ao ordenamento pátrio com intenção de promoção de justiça social.

Ainda com base na análise da magistrada Angela Regina Gama da Silveira Gutierrez Gimenez, surge um apontamento que merece atenção:

“Programa Minha Casa Minha Vida (Lei 11977/2009) – União – criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de unidades habitacionais.

Lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011 (art. 9º) – criou o art. 1240-A do Código Civil, Usucapião urbana especial – Usucapião pro família, Usucapião por abandono de lar, Usucapião conjugal

Requisitos: propriedade de cônjuges ou conviventes (casamento ou união estável), imóvel urbano de até 250m², exercício da posse por dois anos, ininterruptos e sem oposição, abandonou o lar, utilização para sua moradia ou de sua família, não possuir outro imóvel (urbano ou rural), uma única vez.

Objetivo – natureza social da propriedade – *proteção da mulher*

Buscar-se tutela jurisdicional para se interromper o prazo prescritivo (ação para partilha de bens, divórcio, dissolução de união estável, arbitramento de aluguel, concessão de usufruto, fixação de comodato, etc.). Críticas – discussão da culpa – o que é abandono? (Separação de fato e abandono patrimonial) desrespeito ao regime de bens tempo exíguo. Usucapião dos bens móveis que guarneceram o lar conjugal.

Prazo: quando o Judiciário poderá reconhecer: a partir de junho de 2013. ” Angela Regina Gama da Silveira Gutierrez Gimenez Disponível em: (http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/Notici%20almprensa/file/2012/08%20%20Agosto/22%20%20Usucapi%C3%A3o%20Familiar_artigo_Juiza.pdf) acesso em 22/03/2015.

As considerações da ilustre magistrada são merecedoras de aplausos, atendem com sensibilidade aos critérios apresentados no artigo instituidor da novel modalidade de usucapião, todavia, cumpre ressaltar que a afirmação relacionada ao objetivo dessa modalidade de prescrição aquisitiva como sendo de proteger a

mulher, por mais que bem-intencionada, causa mais uma polêmica. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

É indiscutível que a luta pela igualdade entre homens e mulheres é contínua e longe de lograr êxito, o Brasil é um país em que as mulheres já conquistaram muitos avanços, no entanto, essa igualdade formal necessita encontrar a devida materialidade. Logicamente, critérios para diferenciar condições físicas e orgânicas são indispensáveis, contudo, medir capacidade intelectual, produtiva, diferenciar remuneração ou impedir a ocupação de cargos diretivos, segundo o gênero da pessoa humana, nunca foi e nunca será louvável. (MELLO, 2011) (MORAES, 1993) (SARMENTO, 2006)

Nesse diapasão, é válido dizer que o caminho mais coerente para igualar homens e mulheres se faz por critérios paritários, comuns a ambos, pelas mesmas diretrizes, pelas mesmas oportunidades, sem beneficiar ou prejudicar nenhuma pessoa em razão do gênero. Diante disso, apresento a referida polêmica, pois afirmar que o objetivo da usucapião familiar visa proteger a mulher provoca clara violação ao princípio da isonomia, vez que, estão igualmente determinados aos homens e as mulheres, pela Constituição da República Federativa do Brasil os direitos e obrigações, impondo óbice a essa proteção que é preponderantemente discriminatória. Sob análise das duas possíveis óticas verifica-se a discriminação, pois se o interesse da nova modalidade de usucapião assegura o direito fundamental à moradia, assegura para a pessoa humana e não para pessoa de determinado gênero, assim, é discriminado o homem que se vê desprivilegiado e discriminada a mulher que se enxerga como necessitada desse suprimento, que no mínimo, sugere alguma incapacidade, que só acomete as mulheres e não acomete os homens. (MELLO, 2011) (MORAES, 1993) (SARMENTO, 2006) (TEPPEDINO, 1999)

Ao longo das duas últimas décadas boa parte da legislação dedica-se a materializar a igualdade entre homens e mulheres, programas destinados a cuidar de gênero e raça ocupam função precípua nessa equiparação. Entre os principais aspectos que carecem de equidade estão: a remuneração das mulheres, que são cerca de 30 % menor em comparação a remuneração dos homens na perspectiva de funções idênticas; o senso comum de que a mulher é o sexo frágil, que sugere menor qualidade, ou, incapacidade para ocupar posições decisórias; o desinteresse

na contratação feminina por temor aos efeitos da maternidade, entre tantas outras. (LÔBO, 2009) (SARMENTO, 2006)

Apesar de citados exemplos categoricamente trabalhistas, é importante frisar, que trata-se de mera estratégia pedagógica, onde sem dificuldades encontram-se sérias discriminações, todavia, em vários outros cenários a mulher sofre desse mal, no âmbito eleitoral a presença parlamentar feminina é exígua pois ainda é irrisório o número de mulheres eleitas, nas atividades domésticas há sempre o mito de que a obrigação é da mulher e o homem “ajuda”, outro absurdo, pois ajudar significa tomar a tarefa do outro para si, e se o lar é de propriedade comum, do mesmo modo as obrigações também são. Enfim, há muitas esferas de preconceito que precisam ser superadas, para que a mulher seja tão sujeito de direitos quanto o homem e o homem seja tão sujeito de direitos quanto à mulher. (SARMENTO, 2006)

Como reflexo dessas batalhas, cabe ressaltar que tramita projeto de lei, cujo, prevê multa de até 5 vezes o valor da diferença salarial no período em que a contratada tenha exercido as mesmas atividades e cargos ocupados por homens, essa punição representa mais uma vitória nessa luta pela igualdade e se configura uma proteção justa e infelizmente ainda necessária. Já o argumento de punir o homem em proteção ao direito à moradia da mulher, não se justifica e nem demonstra necessidade, tendo em vista, que a luta pela igualdade não deve ser traída com benefícios infundados, sobretudo, por não constar no corpo do artigo 1240-a qualquer referência a proteção de gênero. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014) (GONÇALVES C. R., 2013)

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a isonomia nos artigos 5º, caput e inciso I; artigo 3º, artigo 226, mas falta efetividade, homens possuem sete vezes mais oportunidade de galgar cargos de chefia em relação às mulheres. O congresso nacional é fonte reflexiva dessa disparidade, vez que os cargos políticos são majoritariamente ocupados por eles. É necessário levar em conta a natureza feminina e a natureza masculina, fisicamente existem limitações, todavia, em âmbito de direitos fundamentais e obrigações deve-se prover tratamento isonômico. Meritocracia precisa ser posta em prática. Mais que homens e mulheres, todos são seres humanos, merecem respeito recíproco. O gênero é apenas um detalhe anatômico, mas a condição de pessoa humana deve preponderar sob todas as circunstâncias. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 2014)

Em sede de direitos materiais, a própria segurança jurídica patrimonial é amplamente atingida, vez que encontrados em torno dessa discussão muitos outros pontos passíveis de debates. Como exemplo, até onde e como se definiria o conceito de abandonar o lar, no intuito do novo artigo do código civil. A resposta seria simples, até no dicionário:

“Significado de Abandonar:

1 Deixar ao desamparo; deixar só.

2 Não fazer caso de.

3 Renunciar a.

4 Fugir de, retirar-se de.

5 Deixar o lugar em que o dever obriga a estar.

6 Soltar, largar.

7 Dar-se, entregar-se.

8 Desleixar-se, não cuidar de si. ”

Disponível em: (<http://www.dicionariodoaurelio.com/abandonar>, acesso em 19/11/2014)

É explícito o que significa o verbo abandonar, mas em termos de lar, relacionamento amoroso, família, cada caso concreto não admitem os mesmos significados. Pois aquele que por não mais suportar a conflitualidade no lar, se retira e permite que a outra parte se mantenha no imóvel com os filhos, apenas para não alcançarem patamares mais danosos, me refiro a situações de violência doméstica, de abalo psicológico a prole..., abandonou? Não! Mas teve que deixar o imóvel, fazer-se ausente, renunciando a sua moradia (mas não a propriedade), fugindo de uma relação falida e desarmoniosa, desocupando o lugar em que deveria estar, mas que já não lhe convém e, portanto, não é obrigado permanecer, então, larga, solta, entrega a posse direta por privilegiar a família no exercício exclusivo dessa posse, tudo isso não configura desleixo, apenas, uma maneira menos sofrida de dissolver a relação. Dito isso, todas as características elencadas como pertinentes ao verbo

abandonar foram citadas, mas não são capazes de configurar o tal do abandono do lar. (Amorim., 2012) (DIAS, 2012)

E mais, ainda que essa parte realmente sequer tenha deixado notícias sobre si, realmente se desvinculou dos filhos e do antigo cônjuge/companheiro, em que consiste o abandono? É apenas na questão de não estar pagando pensão alimentícia? Mas a pensão alimentícia, inclusive pode ser paga em forma de alimentos *in natura*, que seria a moradia. (DIAS, 2012)

Não obstante, essa é a principal preocupação do legislador em criar essa nova modalidade de usucapião, garantir o direito constitucional à moradia, pela boa razão, uma vez que a parte incomodada se retira do seio familiar, perde sua morada em favor dos que lá continuam, este também está se preocupando com o mesmo quesito e muito provavelmente não pensa em partilhar logo o patrimônio, porque nem sempre o valor correspondente será suficiente para a aquisição de dois outros imóveis para estabelecerem morada. Então, essa parte, sozinha, visa conseguir se instalar com mais facilidade em outro local, provavelmente menor e menos custoso, e deixar com que os outros permaneçam no imóvel. No entanto, no momento em que resolve organizar essa relação patrimonial, quando percebe ser adequado o momento para a devida partilha, percebe que já perdeu, não é mais dono, e que não perdeu em favor da prole que tanto queria proteger, mas em favor, exclusivo, do antigo cônjuge/companheiro. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014) (DIAS, 2012) (Amorim., 2012) (MELLO, 2011)

3.2.2 O FOCO NOS EFEITOS CAUSADOS NO DIREITO PROCESSUAL

As discussões não se findam por aqui, há que se falar em muita coisa, inclusive processualmente. No processo como se deve alegar e provar tal abandono, tendo em vista não ser clara a modalidade em dizer os aspectos em que as circunstâncias serão analisadas.

Cabe a quem suscitar o abandono. Só ao cônjuge/companheiro, ou a prole, ou a terceiros também.

Quando se fala em oposição o que seria se opor ou não se opor? Seria necessário um pedido judicial de separação de corpos ou um documento lavrado em cartório de que a retira não se trata de abandono, e mais, se o abandono realmente estiver configurado nos patamares que o instituto deseja alcançar, a quem caberá o ônus da prova.

Será que a parte abandonada irá conseguir constituir seu direito ou a outra parte irá mascarar o abandono com atos meramente protelatórios, a exemplo do documento lavrado em cartório.

E se esse documento lavrado em cartório realmente foi feito para que as partes não cheguem a essa ação judicial, e por má-fé, a outra parte espera o lapso e resolve pleitear esse direito? Diante de tantas indagações e poucas respostas conclusivas, se percebe o quanto é polêmico esse novo instituto, portanto, seguramente merece pesquisa para entender os pressupostos de seu alcance e a extensão de seus efeitos. (DIAS, 2012) (Amorim., 2012) (Fachin, 2011)

“Cabe-nos aguardar opiniões mais abalizadas da doutrina, juristas e dos pronunciamentos jurisprudenciais, para então se formar um juízo de valor certo sobre a norma. No entanto, a partir de uma opinião afoita devemos discordar do legislador uma vez que ao usar o termo “abandonou o lar” perigosamente remete-nos à culpa do direito de família podendo formar opinião da ressurreição desta falha que levou anos para ser enfim extirpada de nosso direito; também porque ao invés de consolidar a Justiça Social, acaba por concentrar a renda na mão de um dos condôminos, gerando desigualdade patrimonial entre os consortes; a norma ainda poderá abalar a segurança jurídica depositada no pacto antenupcial e apressar os consortes à partilha de bens, encurtando o prazo de reflexão necessário entre a separação fática e a judicial.” (Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família. Ricardo Henrique Pereira Amorim. Advogado. Membro do IBDFAM. (http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20abandonado%20do%20lar%2001_09_2011.pdf) acesso em 07/11/2014)

Processualmente cabe analisar outras perspectivas, é necessário pensar na possibilidade de cumular uma das modalidades da usucapião com a usucapião familiar, situação em que, o casal adquiriu esse bem imóvel também pela prescrição aquisitiva e precisa do reconhecimento judicial para intitular-se proprietários junto ao cartório de registros de imóveis, mas diante da separação desse casal, um dos consortes suscita o abandono do lar, esse consorte ajuíza ação para obter reconhecimento. Cabe analisar se poderia esse autor, demandar contra o terceiro que se encontra no registro do imóvel e não cumpriu a função social em virtude do abandono do bem, e na mesma ação, reconhecer a ocorrência da usucapião familiar contra o contra o cônjuge ou companheiro que se retirou do imóvel. Cabe e exige reflexão. (DIAS, 2012) (Amorim., 2012) (MORAES, 1993)

Processualmente analisando, o litisconsórcio é medida cabível? Caso possível, a demanda correria contra o terceiro apresentado pelo registro como proprietário e também contra o cônjuge ou companheiro que tenha praticado essa evasão do imóvel, para que o autor possa usucapir em seu único benefício. Ainda, se caso a separação de fato do casal tenha ultrapassado dois anos, caberia ao autor usucapir exclusivamente o bem imóvel no prazo de cinco anos, no caso da usucapião ordinária contra o terceiro e, já incluir nesse lapso, os dois anos necessários a usucapião familiar contra o cônjuge ou companheiro. Cabe e exige reflexão. (DIAS, 2012) (Amorim., 2012) (GLAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008)

Nessa situação é indispensável definir a competência processual do juízo. Se competente o juízo comum, responsável por processar as aquisições prescritivas originárias frente ao terceiro constante no registro como proprietário, ou, se competente seriam as varas de família, responsáveis por processar os divórcios, reconhecimentos e dissoluções de uniões estáveis e regulamentar as partilhas de bens. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002., 2014)

O Tribunal de Justiça de São Paulo manifestou-se quanto ao conflito de competência em relação à usucapião familiar:

Conflito Negativo de Competência – Varas Cível e de Família e Sucessões da Comarca -Processamento de pedido de "Usucapião Familiar" (artigo 1240-A do Código Civil) -Instituto que visa à legitimação de domínio de imóvel - Ação real - Existência de instituição familiar que é apenas um dos requisitos cumulativos previstos em lei – Questão que não refere ao estado das pessoas – Efeitos registrários – Arts. 34 e 37 do Código Judiciário de SP – Varas da Família e Sucessões que detêm hipóteses de competência restritas - Tutela de caráter exclusivamente patrimonial, afastando a competência do Juízo Especializado – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo da Vara Cível

“Também a doutrina inclina-se à referida posição. Francisco Eduardo Loureiro, ao comentar o dispositivo, explica: A competência para processar a ação é das varas cíveis, não das varas da família. Nas comarcas em que existirem varas especializadas de registros públicos, como é caso da capital de São Paulo, a competência é delas privativa, em razão da matéria e das leis de organização judiciária. Lembre-se que inúmeras outras ações que envolvem patrimônio do ex-casal, por exemplo, extinção de condomínio mediante divisão ou alienação de coisa comum, sempre se processaram em varas cíveis, embora a sua origem mediata remonte a um casamento ou a uma união estável. Vê-se, portanto, que a usucapião familiar, diante dos inúmeros requisitos cumulativos e a interpretação que se dá a cada um deles, dificilmente será usada como elemento de sanção a uma violação do dever matrimonial abandono imotivado do lar que não mais tem relevância no direito de família. Seu campo típico de incidência será a situação para a qual foi pensada a figura, qual seja, o da regularização fundiária de imóveis populares e que, durante o período de financiamento, um dos cônjuges ou companheiros desaparece sem deixar paradeiro conhecido” (Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência, coordenador: Cezar Peluzo, 7ª ed. rev. e atual. Barueri, SP; Manole, 2013, p. 1224). Apud: TRIBUNAL DE JUSTIÇA São Paulo, Câmara Especial; Conflito de Competência 0180277-60.2013.8.26.0000; Voto nº 5560, CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA RELATORA; disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119610957/conflito-de-competencia-cc-1802776020138260000-sp-0180277-6020138260000/inteiro-teor-119610965>; acesso em 20/04/2015.

Por base o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, conclui-se, competente a vara cível e não a vara de família entende-se que, independentemente, do reflexo patrimonial em âmbito familiar dos efeitos da novel instituição, a usucapião, mesmo que familiar, é pertinente a vara cível. De modo, que essa é a tendência em todas as outras circunstâncias relacionadas a prescrição aquisitiva.

4 CONCLUSÃO

Como previsto introdutoriamente, foi tratado nesse breve estudo um tema muito polêmico, que fora inserido no ordenamento jurídico sob o fundamento de proteção do direito à moradia e, para isso, sugere um suposto abandono do lar, que pune a parte que se retira da convivência no imóvel familiar, com a perda da sua meação do bem, em favor do consorte permanente.

Em síntese: A inconstitucionalidade da norma é indicada pela violação ao direito de propriedade. Pela violação ao princípio da igualdade, não só em relação as famílias ruralistas, mas também, quando se veicula a informação de que essa nova modalidade foi criada para proteger as mulheres. Pela violação do direito à moradia daquele que se desvinculou do relacionamento, situação em que a inconstitucionalidade é de fácil percepção, pois, quando analisado o argumento de justiça social voltada a garantir o direito à moradia daquele que permaneceu no imóvel, não se reveste de razão retirar esse direito do outro em se tratando de patrimônio comum.

Já a incoerência sistêmica é percebida, sobretudo, pelo termo “abandonou o lar” que retrocede a análise de culpa, superada legislativamente com o divórcio direto e, em boa hora sepultada, além de não apresentar nenhum requisito do que seria abandonar o lar, conceito bem subjetivo e diferente em cada caso concreto. Bem como, pelo prazo exíguo de 2 anos se comparado com os prazos das outras modalidades de usucapião, onde o menor prazo é de 5 anos. Cabe ressaltar, que nesses casos o usucapiente sequer tem alguma relação com o proprietário registrado e ainda assim o menor prazo é de 5 anos, então, não há maneira de compreender que entre parceiros amorosos que construíram um patrimônio comum, seja de 2 anos. É incoerente com o sistema civilista também, o emprego do termo “posse direta”, pois, como inteligentemente definido a posse indireta existe e é válida, tem por função proteger o direito de propriedade, já a posse direta, é enxergada como ato de mera permissão, que jamais ocasiona direito em declarar-se usucapiente. Para finalizar a incoerência sistêmica é válido dizer que o direito material e processual civil direciona como se partilha o patrimônio do casal, e principalmente, quando há ou não comunicação.

É visto que o poder judiciário terá muitos problemas e divergências para julgar as ações que pleiteiam o dito direito. Salutarmente, pelas lacunas apontadas, genitoras de inúmeras dúvidas quanto a aplicabilidade do instituto, pois não foi especificado como se caracteriza tal abandono; como se opor ou mesmo quem e como provar o alegado. É necessário ainda muito debate, para que cuidadosamente os operadores do direito analisem a possibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade, visto a ausência dos prós e a constante presença dos contras da nova modalidade usucapião.

Cabe ressaltar que a usucapião familiar foi instituída através de um programa de políticas públicas que visa a proteção habitacional dos mais necessitados. Todavia, levando em consideração os 250 metros quadrados referidos no artigo, é importantíssimo dizer que poucas coberturas beira-mar conseguem atingir toda essa metragem e custam milhões, claramente, não fazem parte dos beneficiados pelo programa governamental, tampouco, exprimem carência. Contudo, serão cumpridores de requisito exigido pela usucapião familiar acaso o casal só possua, em sede de bens imóveis, aquela cobertura beira-mar.

A novel instituição, apesar de bem-intencionada, não merece aplausos, pois o legislador não conseguiu aplicar critérios razoáveis para justificar sua efetividade. É importantíssimo reconhecer a proteção ao direito fundamental à moradia, mas esse mesmo direito, impossibilita a aplicação da referida modalidade. Tendo em vista, que só é possível assegurar a aplicação da usucapião familiar causando prejuízo ao outro consorte, assim, em detrimento daquele que também é titular, mitigando a validade pacificamente reconhecida da posse indireta, e impedindo a mínima e, qualquer, noção do exercício de justiça.

No mesmo viés segue a imensa controvérsia que aquiesceu toda a doutrina a respeito do termo abandono do lar presente no texto do artigo, que indiscutivelmente traz à tona a análise de culpa, pois não há como atribuir a uma pessoa a prática do abandono sem analisar a sua conduta, os seus motivos, as suas justificativas, situações já desprezadas, mas causadoras de confronto à emenda constitucional 66/2010, responsável por abolir a análise da culpa no fim das relações amorosas e, conseqüentemente, veda a aplicação de punição que gire em torno desse argumento, vez que juridicamente foi extinto, portanto, inexistente.

Válido anotar que o artigo 1240-a não define proteção à moradia para determinado gênero, vez que homens e mulheres são constitucionalmente dotados desse direito em igualdade de condições. Todavia, caso essa “benesse” consistisse, tão somente, na intenção em proteger a moradia, mereceria prosperar. Todavia, para sua aplicação é necessário prejudicar outro titular desse direito. Portanto, a usucapião familiar não merece elogios. Pois um casal que se desfaz tendo como único patrimônio aquele bem, situa a mesma condição às duas partes, a moradia discutida é única para ambos. Diante disso, antes de afirmar o avanço no direito à moradia é necessário pensar que para tanto, o outro perde o seu direito e, que nem sempre a parte que permanece no imóvel é vítima. Ademais, para regularizar a situação do patrimônio comum do casal separado, existe a ação de partilha de bens, onde de maneira justa, será decidida pelo juiz ou acordada entre as partes, a quem pertencerá o que.

Partindo do pressuposto que diante da ruptura de um casal, em nenhuma relação amorosa cabe analisar a existência de culpa, por aí se finda essa discussão. Para isso o abandono do lar suscitado no artigo 1240-a, jamais pode ser considerado como ensejador da perda da propriedade imóvel. No máximo e tão somente, cabe pensar como abandono dos direitos patrimoniais sobre o bem, manifestados por expresso ato de renúncia, o que também dispensa a atuação da modalidade familiar de usucapião, pois as varas de família não carecem dessa ação para isso.

Tampouco pode ser considerado culpado, ou abandônico (renunciante), aquele que abre mão do seu direito de moradia para permitir que o ex-cônjuge/companheiro permaneça morando, normalmente com a prole. Pois essa atitude não confirma o desinteresse pela meação. Logo, a importância indiscutivelmente comprovada que tem a propriedade na vida das pessoas merece ser respeitada, sem incorrer em dois pesos e duas medidas, a fim de que o judiciário, criado para exercer a justiça, não se torne uma máquina de injustiças.

A usucapião familiar, inserida em 2011 no ordenamento jurídico e, portanto, hábil para ser proposta só após 2013, demonstra a existência de um grande problema jurídico e acadêmico. Que por um lado é positivo, por se tratar de algo com grande capacidade de exploração e, por outro, dificultoso, pelo óbice em encontrar doutrinadores que tratem especificamente do assunto, além de não haver jurisprudência assentada. Desse modo, é necessário recorrer a assuntos

relacionados para construir argumento sólido e rico o suficiente para transmitir a incoerência sistêmica e a inconstitucionalidade da novel instituição.

Em poucas palavras, ante o exposto, quando analisado: o prazo exíguo de dois anos; a posse direta e, portanto, a posse indireta implícita que é claramente desrespeitada, vez que a posse direta jamais seria capaz de configurar modalidade de usucapião, pois se existe posse direta é porque houve a permissão do possuidor indireto e permissão implica tão somente em detenção; apenas casais que possuam imóveis urbanos são citados como receptor da “proteção” do instituto, com a discriminação injustificada, dos casais que possuem imóveis rurais caso a modalidade fosse realmente um benefício, ou, numa ótica verdadeira, uma discriminação que é até positiva, tendo em vista a injustiça dessa usucapião, mas por uma ótica ou por outra, fere o princípio da igualdade; a metragem de até 250 metros quadrados que não cumpre o parâmetro de justiça social do Programa Minha Casa Minha Vida, pois os imóveis subsidiados não alcançam essa dimensão, e imóveis de 250 metros quadrados podem custar milhões; o termo “abandonou o lar” não merece sequer citação, pois uma vez abolida a culpa não há como analisar abandono do lar, o abandono da nova modalidade de usucapião poderia se referir, no máximo, ao abandono jurídico do imóvel, à renúncia do coproprietário sobre o bem, assim uma forma voluntária da perda da propriedade e não uma punição estatal infundada; não se justifica falar em garantir o direito social à moradia do cônjuge permanente, pois o cônjuge que se retirou do imóvel também é titular desse mesmo direito, portanto, entregar a um dos consortes a integralidade do imóvel retirando do outro seu direito de propriedade não merece elogios. Refutado item a item só é possível concluir que a usucapião familiar se mostra insensata, incoerente com o sistema jurídico, inconstitucional e, portanto, injusta.

Cabe ressaltar que as contribuições dos estudiosos do ramo e de ramos aliados, trazem, por mais rasas que sejam uma mutação ao conceito anterior, a arte de pesquisar é incessante, portanto, sempre incompleta. Em nossas mãos, jamais se concentrará o absolutismo, a verdade eiva de modificações e existem muitas, cada uma, a ser usada em determinados contextos e interpretadas por necessidades distintas, cada uma, influenciada pelo que lhe convém seguir. Tendo dito isso, o intuito aqui não é construir um argumento partidário, que traz benefícios articulados a um seleto grupo e sim construir uma pesquisa séria, que verifica os dois ou até mesmo, mais lados da mesma moeda, que o compara com aquilo que é

basilar no ordenamento jurídico e que com isso tenha capacidade técnica para expor a importância do instituto pesquisado quando aplicado à vida.

5 BIBLIOGRAFIA

- Amorim., R. H. (2012). Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no. *IBDFAM*.
- BESSONE, D. (1996). *DIREITOS REAIS*. SÃO PAULO: SARAIVA.
- BRASIL. (2014). *CÓDIGO CIVIL, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002*.
- BRASIL. (20 de 11 de 2014). *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Acesso em 20 de NOVEMBRO de 2014, disponível em Planalto, Presidência da República: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
- CARBONERA, S. (2000). *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- DIAS, M. B. (08 de MARÇO de 2012). USUCAPIÃO E ABANDONO DO LAR: A VOLTA DA CULPA? *IBDFAM*.
- DUGUIT, L. (1975). *AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PUBLICO E PRIVADO*. BUENOS AIRES: HELIASTA S.R.L.
- Fachin, L. E. (2011). A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>.
- Ferreira, A. (2003). Estudos sobre as diversas formas de aquisição da propriedade móvel, como acessão e usucapião. *Direito Net*.
- GLAGLIANO, P. S., & PAMPLONA FILHO, R. (2008). *Novo Curso de Direito Civil, volume I: Parte Geral. 10 ed.* São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, C. R. (2010). *Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 5ª ed.* . São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, C. R. (2010). *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 7ª ed.* . São Paulo: Saraiva.
- GONÇALVES, C. R. (2013). *DIREITO CIVIL BRASILEIRO*. SÃO PAULO: SARAIVA.
- GONÇALVES, L. D. (1952). *DA PROPRIEDADE E DA POSSE*. LISBOA: ÁTICA.
- Ihering, R. V. (2005). *Teoria Simplificada da Posse*. São Paulo: Rideel.

- JUNIOR, A. G. (2004). *A FUNÇÃO SOCIAL NO CÓDIGO CIVIL*. REVISTA DO TRIBUNAIS.
- LÔBO, P. (2009). *Famílias . 2ª Ed, .* São Paulo: Saraiva.
- Locke, J. (2007). *Segundo Tratado do Governo*. sao paulo: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MELLO, C. A. (2011). *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1.ed. . São Paulo: Malheiros.
- MONTEIRO, W. D. (2003). *CURSO DE DIREITO CIVIL*. SÃO PAULO: SARAIVA.
- MONTESQUIEU. (2008). *O ESPIRITO DAS LEIS*. SÃO PAULO: SARAIVA.
- MORAES, M. C. (23 de JULHO de 1993). A CAMINHO DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. *REVISTA DE DIREITO CIVIL NUMERO 65*, pp. 06-32.
- NETO, J. M. (2003). ALGUMAS NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO DE POSSE E DETENÇÃO. *REVISTA DOS TRIBUNAIS*.
- Nóbrega, V. L. (1971). *Compêndio de Direito Romano, vol. II, 6ª edição*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A.
- OLIVEIRA, R. F. (2002). COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CIDADE. *REVISTA DOS TRIBUNAIS*.
- PEREIRA, C. M. (2012). *Instituições de Direito Civil - Vol. IV - Direitos Reais - 21ª Ed. .* SÃO PAULO: FORENSE.
- RIBEIRO, B. S. (2003). *TRATADO DE USUCAPIÃO*. SÃO PAULO: SARAIVA.
- SARMENTO, D. (2006). *SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. . Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- TEPPEDINO, G. (1999). *Contornos constitucionais da propriedade privada, em Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- VARELA, L. B. (2005). *Das Sesmarias à Propriedade Moderna*. Rio de Janeiro: Renovar.
- VENOSA, S. d. (2008). *VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais*. 8 ed. São paulo: Atlas.
- ZACARIAS, A. E. (2003). *ANOTAÇÕES SOBRE A USUCAPIÃO (de acordo com a lei 10.406/2002 (Código Civil)*. SÃO PAULO: EDIJUR.
- TEPPEDINO, Gustavo. “Contornos constitucionais da propriedade privada”, em “Temas de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

